

Die Überprüfung des Dreistufentests durch Rechtsaufsicht und Gerichte

Uwe-Christian Klipsch

**Die Überprüfung des Dreistufentests
durch Rechtsaufsicht und Gerichte**

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johan-
nes Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt von

Uwe-Christian Klipsch, LL.M.
aus Hamburg

Angenommen im Juli 2013

1. Berichterstatter:

2. Berichterstatter:

Tag der mündlichen Prüfung: 3. Dezember 2013

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis:	VIII
------------------------------------	-------------

Abkürzungsverzeichnis:	XIX
-------------------------------------	------------

1. Kapitel Einführung und Grundlagen..... 1

A. Aufgabenstellung und Untersuchungsverlauf	1
B. Hintergrund.....	5
I. Konvergenz der Medien	5
1. Begriff und Prozess	5
2. Medienwirtschaftliche Bedeutung	8
II. Web 2.0	10
III. Medienrechtliche Bedeutung	13
1. Problematisierung	13
2. Stellungnahme	17
IV. Rechtsrahmen des Dreistufentests.....	23
1. „EU-Beihilfestreit“	23
2. Onlineauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ...	30
a) Angebotsdefinition.....	30
b) Zulässige Telemedienangebote.....	31
c) Unzulässige Telemedienangebote.....	32
d) Bewertung.....	33
3. Der Dreistufentest im Einzelnen.....	35
a) Vorbild Public Value Test	36
aa) Das Verfahren des PVT bei der BBC	36
bb) Vergleich mit dem Dreistufentest	38
b) Der Verfahrensverlauf im Dreistufentest	40
aa) Prüfungsfrage.....	42
bb) Entscheidungsgremium	43
cc) Verfahrensablauf.....	45
c) Praxisbeispiel „boerse.ard.de“	48
aa) Vorbereitende Maßnahmen	48
bb) Durchführung des Verfahrens	49

II

cc) Entscheidung	52
------------------------	----

2. Kapitel Überprüfung des Dreistufentests durch die Rechtsaufsicht 55

A. Die Rolle der Rundfunkaufsicht im

Dreistufentestverfahren	55
-------------------------------	----

I. Rundfunkverfassungsrecht und europäisches Rechtsverständnis im Spannungsverhältnis	55
--	----

II. Rundfunkaufsicht im verfassungsrechtlichen Kontext.....	57
---	----

1. Aufsicht über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Gestalt von Selbstverwaltungskörperschaften	57
--	----

2. Rundfunkfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG als Grundlage der Gestaltung von Aufsichtsstrukturen	58
--	----

a) Wesen der Rundfunkfreiheit	58
-------------------------------------	----

b) Träger der Rundfunkfreiheit	60
--------------------------------------	----

c) Schutzbereich der Rundfunkfreiheit in Bezug auf aufsichtsrechtliche Strukturen	61
--	----

aa) Der Grundversorgungsauftrag der Öffentlich- Rechtlichen.....	61
---	----

bb) Das Gebot der Staatsferne	62
-------------------------------------	----

cc) Der Grundsatz der Subsidiarität in der Rundfunkaufsicht	64
--	----

III. Dreistufentestverfahren und Rundfunkaufsicht im Lichte des Verfassungsrechts	66
--	----

1. Verstoß gegen das Staatsfernegebot?	68
--	----

2. Verstoß gegen den Subsidiaritätsgrundsatz?	69
---	----

3. Lösungsansätze	69
-------------------------	----

a) § 11f Abs. 7 RStV als Ausgestaltungsnorm	69
---	----

aa) Intention des Gesetzgebers	70
--------------------------------------	----

bb) Systematische und historische Einordnung	71
--	----

b) Beschränkung der Prüfungskompetenz der Rechtsaufsicht	72
---	----

aa) Wesensimmanente Beschränkung rechtsaufsichtlicher Kompetenzen	73
--	----

bb) Rundfunkrechtliche Beschränkung rechtsaufsichtlicher Kompetenzen	74
---	----

4. Stellungnahme	75
------------------------	----

III

B. Die rechtsaufsichtliche Prüfung gem. § 11f Abs. 7 RStV	78
I. Gegenstand der Prüfung	78
1. Telemedienkonzept.....	79
2. Die Einhaltung des Verfahrensrechts	80
II. Inhaltlicher Prüfungsumfang.....	82
1. Reduzierung der Prüfungslegitimation auf den Prüfungsgegenstand.....	82
2. Einschränkung inhaltlicher Prüfungskompetenz durch Beurteilungsspielräume	83
a) Gesetzliche Rahmen für Beurteilungsspielräume....	83
b) Beurteilungsspielräume im Dreistufentestverfahren	84
III. Qualität der Entscheidung	85
1. Maßnahme der Rechtsaufsicht?.....	85
a) Handlungsform der Rechtsaufsicht.....	85
b) Aufsichtsadressat	86
2. Betrauungsakt als Verwaltungsakt	87
a) Streitstand	87
b) Verwaltungsakt nach § 35 VwVfG	88
c) Stellungnahme.....	88

3. Kapitel Überprüfung des Dreistufentests durch Verwaltungsgerichte 92

A. Einführung.....	92
B. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	92
C. Prozessuale Situationen	93
I. Organstreitverfahren	93
1. Konfliktlage	94
2. Prozessvoraussetzungen	95
a) Feststellungsklage.....	95
b) Leistungsklage	100
c) Bewertung	100
II. Streitverfahren der Rundfunkanstalt	102
1. Gegen andere Anstalten	102
a) Konfliktlage	102
b) Prozessvoraussetzungen	103
c) Bewertung	104

IV

2.	Gegen die Entscheidung der Rechtsaufsicht	104
a)	Konfliktlage	104
b)	Prozessvoraussetzungen	105
aa)	Statthafte Klageart	105
bb)	Klagebefugnis.....	107
cc)	Vorverfahren	109
dd)	Form/Frist.....	109
ee)	Klagegegner	110
ff)	Rechtsschutzbedürfnis	110
c)	Zwischenergebnis.....	110
d)	Begründetheit.....	110
aa)	Anspruchsgrundlage	111
bb)	Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage	111
e)	Rechtsfolge	112
f)	Ergebnis	112
III.	Streitverfahren Dritter	113
1.	Konfliktlage	113
2.	Prozessvoraussetzungen	114
a)	Statthafte Klageart	114
b)	Klagebefugnis	115
aa)	Drittschutz aus § 11f Abs. 7 RStV.....	116
bb)	Drittschutz aus Art. 5 Abs. 1 GG	116
cc)	Drittschutz aus Art. 12, 14 GG	119
dd)	Drittschutz aus Art. 2 Abs. 1 GG	119
c)	Vorverfahren, Form/Frist, Klagegegner, Rechtsschutzbedürfnis	120
d)	Notwendige Beiladung	120
e)	Ergebnis	120
2.	Begründetheit.....	120
a)	Ermächtigungsgrundlage	121
aa)	Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage	121
bb)	Ergebnis.....	123
b)	Formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts	124
c)	Materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts...	124
aa)	Verletzung von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG	125
bb)	Verletzung der Wettbewerbsfreiheit	128
e)	Ergebnis	128

4. Kapitel Überprüfung des Dreistufentests durch ordentliche Gerichte	129
A. Einführung, Bestimmung des Streitgegenstands	129
B. Eröffnung des ordentlichen Rechtswegs	130
I. Bürgerliche Rechtsstreitigkeit	131
1. Wettbewerbsrecht als Rechtsquelle	133
a) Begriffsbestimmung Wettbewerb	135
aa) Wirtschaftlicher Wettbewerb als Ordnungsprinzip	135
bb) Wettbewerbsfreiheit	136
cc) Leitbild Leistungswettbewerb	137
b) Wettbewerb und Wettbewerbsordnung	138
aa) Lauterkeitsrecht (UWG)	138
bb) Kartellrecht (GWB)	141
c) Ansprüche gegen unlauteres Marktverhalten	142
2. Systematik	143
a) Geschäftliche Handlung	143
b) Objektiver Zusammenhang zur Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen	146
c) Mitbewerber und Marktteilnehmer	147
d) Konkretes Wettbewerbsverhältnis im sachlich, räumlich, zeitlich relevanten Markt	147
II. Keine Zuweisung an das Verwaltungsgericht	148
C. Der Dreistufentest im Lichte des Wettbewerbsrechts	149
I. Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten im Wettbewerb	150
1. Publizistischer Wettbewerb	150
2. Ökonomischer Wettbewerb	153
II. Der Dreistufentest als Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Ansprüche	157
1. Wettbewerb auf dem Zuschauermarkt	157
2. Lauterkeitsentscheidung über ein öffentlich-rechtliches Telemedienangebot	158
a) Einführende Überlegungen	158
b) Marktbezogene geschäftliche Handlung	161

aa) Geschäftliche Handlung.....	161
bb) Mitbewerber im räumlich, sachlich relevanten Markt.....	162
c) Regelung des Marktverhaltens.....	163
aa) Allgemeine Einordnung und Abgrenzung	163
bb) Rundfunkrechtliche Normen im Besonderen	165
d) Rechtsverstoß.....	169
3. Praxistest: Landgericht Köln 31 O 360/11	170
a) Urteil vom 27.9.12	170
b) Stellungnahme	175
aa) Zum Begriff der „Presseähnlichkeit“	175
bb) Zum Sendungsbezug	180
5. Kapitel Überprüfung des Dreistufentests durch europäische Gerichte	186
A. Überblick Europäische Rechtsschutzinstrumente	186
I. Direktklagen	188
1. Nichtigkeitsklage	188
2. Untätigkeitsklage	189
3. Schadensersatzklage	190
II. Vorabentscheidungsverfahren	191
III. Vertragsverletzungsverfahren	194
B. Dreistufentest als Rechtsschutzgegenstand	196
I. Direktklagen	196
II. Vorabentscheidungsverfahren	198
III. Vertragsverletzungsverfahren	200
6. Kapitel Zusammenfassung	202
A. Europäischer Rechtsschutz	202
B. Überprüfung des Dreistufentest durch die Rechtsaufsicht.....	203
C. Überprüfung des Dreistufentest durch Verwaltungsgerichte.....	205
D. Überprüfung des Dreistufentest	

VII

durch ordentliche Gerichte	206
E. Fazit	208

Literaturverzeichnis:

- | | |
|--|--|
| Ahrens, Hans-Jürgen | Der Wettbewerbsprozess Praxishandbuch
6. Auflage Köln 2009 |
| Amlung, Robert; Fisch,
Martin | Digitale Rundfunkangebote im Netz –
Bewegtbild in der digitalen Welt
ZUM 2009, 442 - 447 |
| Augter, Harald;
Pfab, Susanne | Die Erstbesteigung der drei Stufen – Die
Aufsichtsgremien der ARD und der
Dreistufentest,
ARD-Jahrbuch 2009, 21 |
| Berendes, Konrad | Zulässigkeit und Grenzen einer staatlichen
Rechtsaufsicht über die Rundfunkanstalten
DÖV 1975, 419 |
| Berlit, Wolfgang;
Meyer, Claus;
Paschke, Marian | Hamburger Kommentar Gesamtes
Medienrecht
2. Auflage Baden-Baden 2012 |
| Biber, Roland;
Epiney, Astrid;
Haag, Marcel | Die Europäische Union, Europarecht und
Politik
10. Auflage Baden-Baden 2013 |
| Borchardt, Klaus-Dieter | Die rechtlichen Grundlagen der
Europäischen Union, Eine systematische
Darstellung für Studium und Praxis
5. Auflage Wien 2012 |
| Bornkamm, Joachim;
Hefermehl, Wolfgang;
Köhler, Helmut | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
UWG
27. Auflage München 2009 |
| Castendyk, Oliver | Das Angebot der Rundfunkanstalten im
Internet – Was müssen sie dürfen?
AfP 2008, 467. |
| Cornils, Matthias | Ausgestaltungsgesetzesvorbehalt und
staatsfreie Normsetzung im Rundfunkrecht
Zur Reichweite der Satzungsermächtigungen |

- der Landesmedienanstalten im Rundfunkstaatsvertrag und in den Landesmediengesetzen unter besonderer Berücksichtigung der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien, in BLM Schriftenreihe, Band 100, München 2011.
- Collins, Richard „Die BBC, das Internet und „Public Value“ Aus Politik und Zeitgeschichte (zitiert als: APuZ) 9-10/2009 v. 23.02.09, S. 32
- Dörr, Dieter Aktuelle Fragen des Dreistufentests – Wer kontrolliert den publizistischen Mehrwert nach welchen Maßstäben? ZUM 2009, 897
- Ders.* Die Zukunft des umkämpften Medienmarkts – Wie das Feld der Presse und des Rundfunks abgesteckt werden kann ZRP 2008, 133
- Ders.* ARD und ZDF sollten den Dreistufentest ernst nehmen, epd medien 34/35/08, 3
- Ders.* Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und die Vorgaben des Europarechts, MediaPerspektiven 2005, 333
- Ders.* Umfang und Grenzen der Rechtsaufsicht über die Deutsche Welle – Rechtsgutachten im Auftrag der Deutschen Welle Köln, Frankfurt 2000
- Ders.* Das Verfahren des Dreistufentests, Stellungnahme angefertigt im Auftrag des Verbandes Privater Rundfunk und Telemedien e.V. (VPRT) Mainz 2009.
- Ders.;* Handbuch Medienrecht

Kreile, Johannes; Cole, Mark D.	Recht der elektronischen Massenmedien 2. Auflage Frankfurt 2011
Eberle, Carl-Eugen	Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und Telemedienauftrag, AfP 2008, 329
Engel, Bernhard; Best, Stefanie	Stream, Audio und Page – Die Rezeptionsformen der konvergenten Medienwelt MediaPerspektiven 2012, 62
Fechner, Frank	Medienrecht, 9. Auflage Tübingen 2008
Fehling, Michael; Kastner, Berthold; Wahrendorf, Volker (Hrsg.)	Verwaltungsrecht, VwVfG, VwGO Handkommentar, 1. Auflage Baden-Baden 2006
Ferreau, Frederik	Rundfunkfinanzierung und EU- Beihilfentatbestand im Lichte aktueller Unionsrechtsprechung und Kommissionspraxis K & R 2011, 298
Fiedler, Christoph	Das Verbot der Tagesschau-App – Rechtsstaatliche Normalität als medienpolitischer Meilenstein K&R 2012, 795
<i>Ders.</i>	Technologieneutrale Pressefreiheit AfP 2011, 15
Fink, Udo; Cole, Mark D.; Keber, Tobias O.	Europäisches und internationales Medienrecht 1. Auflage München 2008
Gaa, Meinhard	Anwendung privaten Wettbewerbsrechts bei schlicht hoheitlichem Handeln? WRP 1997, 837
Gerhardt, Nina	Presseähnliche Angebote nach dem 12.

	Rundfunkänderungsstaatsvertrag AfP 2010, 16
Gersdorf, Hubertus	Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks – Konzeption der Kommunikationsverfassung des 21. Jahrhunderts Berlin 2009
<i>Ders.</i>	Öffentlich-rechtlicher Rundfunk 2.0: Von der Voll- zur Qualitätsversorgung K & R 2012, 94
<i>Ders.</i>	Netzneutralität: Juristische Analyse eines „heißen Eisens“ AfP 2011, 209
<i>Ders.</i>	Verbot presseähnlicher Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks AfP 2010, 421
Grundmann, Birgit	Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Wettbewerb 1. Auflage Baden-Baden 1990
Grzeszick, Bernd	Der Telemedienauftrag des öffentlich- rechtlichen Rundfunks zwischen Verfassungs- und Gemeinschaftsrecht NVwZ 2008, 608
Hahn, Caroline	Die Aufsicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks Frankfurt 2010
Hahn, Werner; Vesting, Thomas	Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht 3. Auflage München 2012
Hain, Karl-E.	Ist die Etablierung einer Internetdienstefreiheit sinnvoll? K & R 2012, 98
<i>Ders.</i>	Medienmarkt im Wandel: Technische

- Konvergenz und Anbieterkonkurrenz als Herausforderung an Verfassungsrecht und Regulierung
AfP 2012, 313
- Ders.* Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV, Rechtsgutachten für ARD, ZDF und Deutschlandradio
1. Auflage Baden-Baden 2009
- Ders.;*
Ferreau Frederik Rechtliche Bindungen des ZDF – Verwaltungsrats? Überlegungen anlässlich der bevorstehenden Entscheidung in der „Causa Benda“
K & R 2009, 692
- Hartstein, Reinhard;
Ring, Wolf-Dieter;
Kreile, Johannes;
Dörr, Dieter;
Stettner, Rupert Rundfunkstaatsvertrag Kommentar
Loseblattsammlung Stand Juli 2011
- Hauck, Ronny Dabeisein ist alles ... – Der Rechtsschutz privater Unternehmen gegen die Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb
WRP 2006, 323
- Heffler, Michael;
Möbus, Pamela Moderates Wachstum, Der Werbemarkt 2011
MediaPerspektiven 2012, 298
- Herdegen, Matthias Europarecht
11. Auflage München 2009
- Herrmann, Günter Rundfunkrecht
2. Auflage München 2004
- Holznagel, Bernd Konvergenz in lokalen und regionalen Medienmärkten – Spielräume für eine Beteiligung kommunaler TK-Unternehmen an Rundfunkveranstaltern

XIII

- MMR 2011, 300
- Hufen, Friedhelm Verwaltungsprozessrecht
7. Auflage München 2008
- Jahn, Eike Dreistufentest und plurale Rundfunkaufsicht
Zur Unabhängigkeit und Effizienz der
Gremienarbeit,
in Schriften zum Informations-,
Telekommunikations- und Medienrecht,
Band 45, Münster 2011
- Jäkel, Florian Internetformate und Grundgesetz – Ist eine
Internetfreiheit wirklich nötig?
AfP 2012, 224
- Jarass, Hans-D.; Pieroth, Bodo Grundgesetz Kommentar
10. Auflage München 2009
- Klaes, Roland L. Verfassungsrechtlicher Rundfunkbegriff und
Internet - eine dogmatische
Bestandsaufnahme vor dem Hintergrund des
12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages,
ZUM 2009, 135
- Knothe, Matthias Schwer nachvollziehbar - Zum Dörr-
Gutachten in Sachen Dreistufentest
epd medien 60/2009, 5
- Koenig, Christian Die Wiedergeburt von Artikel 86 Abs. 2 EG
in der RAI Entscheidung der Europäischen
Kommission
ZUM 2004, 122
- Koenigs, Kirsten Die deutsche Rundfunkgebühr und das
europäische Beihilfenrecht
ZEuS 2006, 135
- Kopp, Ferdinand-O.;
Schenke Wolf-Rüdiger Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar
16. Auflage München 2009
- Kurp, Matthias „Drei-Stufen-Test“ – Was dürfen ARD und
ZDF im Internet?“ (zitiert als Kurp, 2008),

- online abrufbar unter:
[http://www.medienforum.nrw.de/medientren-
ds/specials/Drei-Stufen-Test-was-duerfen-
ard-zdf-im-internet.html](http://www.medienforum.nrw.de/medientren-

ds/specials/Drei-Stufen-Test-was-duerfen-

ard-zdf-im-internet.html)
- Ladeur, Karl-Heinz Der hybride Charakter. Das Fernsehen im
multimedialen Netzwerk der Netzwerke
Funkkorrespondenz 29, 2011, 3ff
- Ders.* Zur Verfassungswidrigkeit der Regelung des
Drei-Stufen-Tests für Onlineangebote des
öffentlich-rechtlichen Rundfunks nach § 11f
RStV
ZUM 2009, 906
- Lewke, Christian Das EU-Beihilfeverbot, der Dreistufentest
und seine Durchführung beim Hessischen
Rundfunk
K & R 2010, 782
- Lilienthal, Volker
(Hrsg.) Professionalisierung der Medienaufsicht -
neue Aufgaben für Rundfunkräte – die
Gremiendebatte in epd medien,
1. Auflage Wiesbaden 2009
- Meyer, Rudolph Der Dreistufentest und „Public Value“ -
Modell für
Deutschland
online abrufbar unter
[http://dju.verdi.de/schwerpunkte/medienpolit-
ik/meyer_drei-stufen-
test_.../data/rudolph_meyer_masterarbeit_-
_drei-stufen-test_und_public_value.pdf](http://dju.verdi.de/schwerpunkte/medienpolit-

ik/meyer_drei-stufen-

test_.../data/rudolph_meyer_masterarbeit_-

_drei-stufen-test_und_public_value.pdf)
- Möllers, Christoph Pressefreiheit im Internet
AfP 2008, 241
- Müller-Terpitz, Ralf Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und neue
Medien – eine Gemeinschafts- und
verfassungsrechtliche Betrachtung
AfP 2008, 335

Nawrath, Katharina	Der Dreistufentest in der Praxis – Ausgestaltung und Umsetzung des Verfahrens durch die Gremien MMR 2011, 79
Nordemann, Jan-Bernd	Wettbewerbsverzerrung durch die Öffentlich Hand: Die Entdeckung des Kartellrechts, WRP 1996, 383
Ory, Stephan	Herausforderungen der Medienfreiheit – oder: Der Rundfunk als Endpunkt der Konvergenz? AfP 2011, 19
Papier, Hans-Jürgen; Schröder, Mattias	„Gebiet des Rundfunks“ - Rechtsgutachten zur Abgrenzung der Rundfunk- und Pressefreiheit zur Auslegung des Begriffs der „Presseähnlichkeit“ und Anwendung des Verbots nichtsendungsbezogener presseähnlicher Angebote gemäß §11d Abs. 2 Nr. 3 HS 3 RStV, erstattet im Auftrag der Gremienvorsitzendenkonferenz der ARD, 2010 epd medien, Nr. 60, 16
Peters, Butz	Der „Dreistufentest“: Die Zukunft der öffentlich-rechtlichen Onlineangebote K & R 2009, 26
<i>Ders.</i>	Öffentlich-rechtliche Onlineangebote – Was dürfen die Rundfunkanstalten im Netz? 1. Auflage Baden-Baden 2010
Puttfarcken, Carsten	Prozessrechtliche Fragen bei Streitigkeiten zwischen Organen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten in Jürgen Becker (Hrsg.): Beiträge zu Medienprozessrecht, S. 63, Baden-Baden 1988
Ring, Wolf-Dieter	Die Medienordnung in der digitalen Zukunft

	AfP 2008, 342
Röß, Simon	Die Unabhängigkeit des Rundfunks als Vielfaltssicherung AfP 2010, 521
Rudolf, Walther	Aufsicht bei Funk und Fernsehen ZRP 1977, 213
Rüggeberg, Jörg	Rechtsschutz öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten und privater Rundfunkunternehmen gegen Rechtsaufsichtsmaßnahmen in Jürgen Becker (Hrsg.): Beiträge zu Medienprozessrecht, S. 63, Baden-Baden 1988
Sachs, Michael	Grundgesetz Kommentar 5. Auflage München 2009
Schenke, Wolf-Rüdiger	Verwaltungsprozessrecht 12. Auflage Heidelberg 2009
Schmid, Tobias	Medienpolitischer Zwischenruf (Vortrag im Rahmen des Studienkreises für Presserecht und Pressefreiheit e.V. am 12./13.11.10 in Hamburg) AfP 2011, 23
Schmidt-Bleibtreu, Bruno; Hofmann, Hans; Hopfauf, Axel	Kommentar zum Grundgesetz 11. Auflage Köln 2008
Schmidt-Preuß, Matthias	Gegenwart und Zukunft des Verfahrensrechts NVwZ 2005, 489
Schoch, Friedrich; Schmidt-Aßmann, Eberhard; Pietzner, Rainer	Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar Loseblattsammlung, Stand: 20. EL. München 2010
Schulz, Wolfgang	Der Programmauftrag als Prozess seiner

- Begründung,
Kurzstudie im Auftrag der Friedrich-Ebert-
Stiftung 2008
- Spindler, Gerald Zivilrechtliche Vorgaben für den
medienwirtschaftlichen Wettbewerb im
Internet
AfP 2012, 328
- Teplitzky, Otto Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und
Verfahren
9. Auflage Köln, Berlin, München 2007
- Van Eimeren, Birgit;
Frees, Beate Drei von vier Deutschen im Netz – Ein Ende
des digitalen Grabens in Sicht? Ergebnisse
der ARD/ZDF-Onlinestudie 2011
in MediaPerspektiven 7-8/2011, 334
- Van Eimeren, Birgit;
Ridder, Christa - Maria Trend in der Nutzung und Bewertung der
Medien 1970 – 2010
MediaPerspektiven 2011, 2
- Van Eimeren, Birgit;
Frees, Beate Bewegtbildnutzung im Internet 2011:
Mediatheken als Treiber
MediaPerspektiven 2011, 350
- Vesting, Thomas Verfassungsrechtliche Anforderungen an die
Aufsicht über Online-Medien (Rundfunk,
Telemedien)
in BLM Schriftenreihe, Band 99, München
2011, 17
- Vogel, Andreas Online als Geschäftsfeld und Vertriebskanal
der Pressewirtschaft
MediaPerspektiven 2012, 158
- Von der Groeben, Hans;
Schwarze Jürgen (Hrsg.) Kommentar zum Vertrag über die
Europäische Union und zur Gründung der
Europäischen Gemeinschaft
6. Auflage Baden-Baden 2003
- Wiedemann, Verena Die Vermessung des Gemeinwohls?

- Der 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag und der Dreistufentest aus Sicht der Rundfunkanstalten
ARD-Jahrbuch 2009, 15
- Dies.* Dynamische Auftragsdefinition
epd medien 95/07, 28
- Wimmer, Norbert Sind gebühren finanzierte Angebote wertvoller als privat finanzierte?
Überlegungen zu einer Kernfrage des Dreistufentests
AfP 2009, 321
- Ders.* Der Dreistufentest nach dem 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, was ist und wer entscheidet über den Public Value öffentlich-rechtlicher Onlineangebote
ZUM 2009, 601
- Woldt, Runar Öffentlich-rechtliche Onlineangebote : Keine Gefahr für den Wettbewerb ; Erkenntnisse aus den Marktgutachten im Rahmen der Drei-Stufen-Tests
Media Perspektiven 2011, 66
- Zöller, Richard (Begr.) Zivilprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar
29. Auflage Köln 2012

Abkürzungsverzeichnis:

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abb.	Abbildung
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfP	Archiv für Presserecht
App	Applikation
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
ARD	Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Deutschlands
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBC	British Broadcasting Corporation
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BLM	Bayerische Landesanstalt für Neue Medien
BR	Bayerischer Rundfunk
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
DÖV	Das Öffentliche Recht
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
E-Book	Elektronisches Buch
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft

epd	Evangelischer Pressedienst
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht (erster Instanz)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Union
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	Fortfolgende
FTP	File Transfer Protocol
GG	Grundgesetz
GRUR	Zeitschrift für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVK	Gremienvorsitzendenkonferenz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	herrschende Meinung
HR	Hessischer Rundfunk
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
IPTV	Internet Protocol Television
K&R	Zeitschrift für Kommunikation und Recht
KEF	Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten
Ki.Ka	Kinderkanal
LG	Landgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Mitteldeutscher Rundfunk
MMR	Zeitschrift für Multimedia und Recht
NDR	Norddeutscher Rundfunk
Nds. MBl.	Niedersächsisches Ministerialblatt

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Ofcom	The Office of Communications
OLG	Oberlandesgericht
PC	Personal Computer
PVT	Public Value Test
RBB	Rundfunk Berlin Brandenburg
Rn.	Randnummer
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
S.	Seite
S.Z.	Süddeutsche Zeitung
Slg.	Sammlung
SR	Saarländischer Rundfunk
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TKG	Telekommunikationsgesetz
TV	Television
UWG	Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb
VDZ	Verband Deutscher Zeitschriftenverleger
Vgl.	Vergleiche
VPRT	Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V.
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WDR	Westdeutscher Rundfunk
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
z.B.	zum Beispiel
ZDF	Zweites Deutsches Fernsehen
ZEuS	Zeitschrift
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung

ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

1. Kapitel Einführung und Grundlagen

A. Aufgabenstellung und Untersuchungsverlauf

„Dreistufentest“ ist die Namensgebung für das formale Prüfungsverfahren zur Feststellung, ob ein Telemedienangebot vom Auftrag einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt umfasst ist. Der Gesetzgeber hat es im Rahmen der Änderungen des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages aus der Taufe gehoben. Das Verfahren dient einem bislang im Rundfunkstaatsvertrag so nicht vorhandenen Zweck, nämlich der einzelfallbezogenen Konkretisierung des Auftrags der Rundfunkanstalten bei der Veranstaltung einzelner Telemedienangebote und darf daher als Verfahren „sui generis“¹ bezeichnet werden. Der Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und seine Reichweite sind seitdem Richtschnur und Maßstab u.a. für die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit einer Betätigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Internet.²

Das Verfahren ist seit dem 1.6.2009 rundfunkrechtliche Realität und bildet das Kernstück der Bemühungen des Rundfunkgesetzgebers, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk fit für die digitale Zukunft zu machen und nicht zuletzt für Rechtsfrieden gegenüber der Europäischen Kommission zu sorgen, die anlässlich der Bearbeitung diverser Beschwerden, die sich im Kern gegen das deutsche Rundfunkfinanzierungssystem wandten, eine vor dem Hintergrund des Unions-Wettbewerbsrechts kritische Haltung eingenommen hatte.

Beim Dreistufentest handelt sich daher um den gesetzgeberischen Versuch, einen Ausgleich zu schaffen, zwischen den verschiedenen Rechtsansichten der Europäischen Kommission und der Bundesrepublik Deutschland über die erforderliche Qualität des Auftrags an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland³. Diese Frage war am Beispiel der Telemedienangebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks Gegenstand eingehender Prüfung. Hintergrund dieser

¹ *Augter/Pfab*, ARD Jahrbuch 09, S. 23.

² *Eifert/Eilers* in *Hahn/Vesting*, Rundfunkrecht, § 11 RStV, Rn. 1.

³ *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Teil B 5, Rn. 2.

Ausgangslage ist das Aufeinandertreffen von privaten und öffentlich-rechtlichen Telemedien Angeboten auf dem Marktplatz für Meinungen, Dienstleistungen und Onlineangeboten aller Art im Internet.

Während die Europäische Kommission aus Motiven, die im europäischen Beihilfenrecht verortet sind, eine möglichst präzise Festschreibung des Rundfunkauftrags verlangt⁴, streitet das deutsche Verfassungsverständnis des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit den Begriffen „Programmautonomie“ und „Staatsferne“ für eine breite und freie Tätigkeitspalette des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zum Wohle der freien, individuellen und öffentlichen Meinungsbildung im demokratischen Prozess.⁵

Aus der Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Internetangebote resultiert schließlich die Kernfrage nach möglichen Wettbewerbsverzerrungen und nach der etwaigen Aufgabe des Staates, für kommunikative Chancengleichheit und Netzneutralität zu sorgen.⁶

Dies ist keine abstrakte Debatte, denn z.B. Presseverlage sind mittlerweile volldigitale Inhaltenanbieter geworden, neue technische Plattformen und Endgeräte, wie etwa Tablets könnten in Zukunft die bislang in Papierform durch ein Netzwerk von Austrägern vertriebene klassische Zeitung zu einem Raritätenstück werden lassen.⁷

Ziel des deutschen Gesetzgebers war es daher, durch die Schaffung eines stabilen und dem künftigen Beihilferecht der Europäischen Union entsprechenden Rechtsrahmens⁸ einen Ausgleich der Belange aller im Internet und in den übrigen Spielarten digitaler Inhaltsverwertung Beteiligten⁹ zu schaffen, um die real praktizierte duale Medienordnung und letztlich die Zukunft des öffentlich-rechtlichen

⁴ *Peters*, Öffentlich-rechtliche Onlineangebote, Rn. 369.

⁵ st. Rspr., vgl. BVerfGE 73, 118, 159f.; 74, 297, 323f.; 83, 238, 322; 87, 181, 197; 90, 60, 87.

⁶ *Holzner*, MMR 2011, 1, 2.

⁷ *Ory*, AfP 2011, 19.

⁸ *Gerhardt*, AfP 2010, 16.

⁹ *Ory*, AfP 2011, 19.

Rundfunks im digitalen Zeitalter zu sichern.¹⁰ Die Internetdienste sind so zum Testfall für die Vereinbarkeit des deutschen Rundfunkrechts mit dem an sich materiefremden, aber in der vorliegenden Gemengelage höchst relevanten europäischen Beihilfenrecht geworden.¹¹

Zugleich exerziert sich am Beispiel der öffentlich-rechtlichen Telemedienangebote der von harten wirtschaftlichen Fakten geprägte „Kampf der Kulturen“ innerhalb der dualen Medienordnung, mit zwar gebührenfinanzierten, aber für den Nutzer unmittelbar entgeltfreien Inhalten einerseits und andererseits der Idee, mit Inhalten unmittelbar Geld zu verdienen. Der Bogen zwischen Bestandsaufnahme und Lösungsansätzen ist dabei in juristischer Hinsicht weit ausgeprägt und reicht von verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Fragen über medienpolitische Bewertungen bis hin zu wettbewerbsrechtlichem Problembewusstsein.

Das eingebettet in ein umfassendes und den öffentlich-rechtlichen Rundfunkauftrag reformierendes Regelungspaket neu geschaffene Prüfungsverfahren des Dreistufentests soll Antwort auf die Frage geben, ob ein bestimmtes Telemedienangebot vom Auftrag der Rundfunkanstalt umfasst ist. Es wirft jedoch in verschiedene Richtungen rechtliche und rechtspolitische Fragen erst auf. Es weist den Gremien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einen neuen Arbeitsbereich zu, denn die Rundfunkräte entscheiden, was die Rundfunkanstalten in Netz stellen dürfen.¹² Zugleich ist die Aufsicht über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in zuvor nicht da gewesener Weise gefordert, denn das Verfahren sieht eine obligatorische Beteiligung der Rechtsaufsicht an dem Prozess vor, an dessen Ende die Entscheidung über die Zulässigkeit von öffentlich-rechtlichen Telemedienangeboten steht.

¹⁰ Begründung zum 12. Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag) vom 18.12.08, Seite 2 (nachfolgend zitiert als: Begründung).

¹¹ Grzeszick, NVwZ 2008, 608, 609.

¹² Peters, Öffentlich-rechtliche Onlineangebote, Rn. 376.

Ende August 2010 wurden die ersten Dreistufentests mit der Veröffentlichung der Telemedienkonzepte in den amtlichen Verkündungsblättern förmlich abgeschlossen. Allein bei den ARD-Anstalten fanden insgesamt 37 Verfahren statt.¹³ Im Ergebnis wurden sämtliche Angebote genehmigt, allerdings hatten die Rundfunkanstalten zuvor ihre Angebotsbeschreibungen vielfach ergänzen und nachbessern müssen. Darüber hinaus wurden in großem Umfang Inhalte aus den bestehenden Telemedienangeboten gelöscht, um den neuen rundfunkstaatsvertraglichen Anforderung zu genügen.¹⁴ Es wurde „depubliziert“.¹⁵

Nachfolgend wird zunächst der Hintergrund der Einführung des Dreistufentests dargestellt und die Ausgestaltung des Testverfahrens näher erläutert. Danach wird eine Einordnung vorgenommen, welche Rolle die Rundfunkaufsicht im Regelungssystem des Dreistufentests einnimmt und welcher Rechtscharakter ihrer Aufgabe zukommt. Danach werden Rechtsschutzmöglichkeiten vor Verwaltungs- und ordentlichen Gerichten geprüft.

Aus Gründen praktischer Relevanz erfolgt die Prüfung gerichtlicher Möglichkeiten mit dem Schwerpunkt auf der Konkurrentenklage. In einem ersten solchen Fall hatte das Landgericht Köln über die Forderung einer Gruppe von Presseunternehmen gegen die ARD, die Verbreitung der „tagesschau-App“ zu unterlassen, zu entscheiden.¹⁶

Schließlich werden in Grundzügen Möglichkeiten des Weges vor die europäische Gerichtsbarkeit beleuchtet und die Ergebnisse der Untersuchung zusammengefasst.

¹³ Nawrath, MMR 2011, 79.

¹⁴ Nawrath, MMR 2011, 79.

¹⁵ Vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Depublizieren>.

¹⁶ FAZ u.a. ./ ARD u.a., LG Köln, Az.: 31 O 360/11.

B. Hintergrund

I. Konvergenz der Medien

1. Begriff und Prozess

Der Begriff der Konvergenz im Medienbereich geht auf das „Grünbuch zur Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Medien und Informationstechnologien und ihre ordnungspolitischen Auswirkungen“ der Europäischen Kommission aus dem Jahre 1997 zurück.¹⁷

Im allgemeinen Sprachgebrauch wird unter Konvergenz die Annäherung oder Übereinstimmung von Meinungen und Zielen verstanden. Mit dem Begriff „Konvergenz der Medien“ wird im Wesentlichen die Entwicklung umschrieben, dass auf verschiedenen Netzplattformen dieselben, bzw. ähnliche individual- und massenkommunikative Dienste verbreitet und durch dasselbe Endgerät empfangen werden können.

Insbesondere das Internet ermöglicht sämtliche Formen der Kommunikation, vom „One to one“, über „One to many“, bis „One to everybody“. Es ist jedoch lediglich Trägerstruktur und nicht selbst Massenmedium.¹⁸ Neben dem im allgemeinen Sprachgebrauch mit „dem Internet“ gleichgesetzten *World Wide Web* sind zu den internetbasierten Kommunikationsdiensten auch der Austausch von Email, FTP-Services, Instant-Messaging, Internet-Telefonie, sowie die sogenannten sozialen Netzwerke zu zählen. Die verschiedenen Kommunikationsdienste des Internet können miteinander verschmelzen.¹⁹

Insbesondere bei der jüngeren Generation gewinnt der Verbreitungsweg Internet auch für das Fernsehen und den Hörfunk

¹⁷ KOM (97) 623, abrufbar unter:
ec.europa.eu/avpolicy/doc/library/legal/com/greenb_97_623_de.pdf.

¹⁸ Keber in Dörr/Kreile/Cole, S. 496.

¹⁹ Keber in Dörr/Kreile/Cole, S. 496.

zunehmend an Bedeutung.²⁰ Die Internetverbreitung in Deutschland steigt. Im Zeitraum zwischen 2010 und 2011 haben 2,7 Millionen Deutsche ihren Status vom „Offliner“ zum „Onliner“ gewechselt, so dass inzwischen 51,7 Millionen Erwachsene in Deutschland zumindest gelegentlich das Internet nutzen.²¹ Deutschland weist damit eine Internetdurchdringung von 73,3 % aus, ein Wert, der sich in den letzten zehn Jahren nahezu verdoppelt hat.²²

Im Bereich der Medien findet ein Transformationsprozess der Verschmelzung verschiedener medialer Subsektoren statt. Diese Verschmelzung führt zu einer technischen Veränderung der Vertriebswege und zur Austauschbarkeit von bisher primär durch den Vertriebsweg individualisierten Angeboten.²³ Zum Beispiel lassen sich Informationen für die Telekommunikation und den Rundfunkempfang über die gleichen Verbreitungsnetze transferieren, verschmelzen Fernseher, Computer und (Mobil-)Telefon zu einem Endgerät, was es den Rezipienten ermöglicht, Informationen aus verschiedenen Medien ohne Kompatibilitätsprobleme im Hardwarebereich zu beziehen.²⁴ Der Nutzer hat die Möglichkeit, mit dem Smartphone im Internet zu surfen oder mit dem Computer fernzusehen, was auf Seiten der Anbieter zu einer Vervielfältigung der Vertriebswege und Verwertungsketten führt. Ein einmal erlangter bzw. hergestellter Inhalt kann mehrmals verwendet werden, zum Beispiel in der Tageszeitung, als Teil eines Mobilfunkservice oder im Fernsehen, im Radio und im Internet.²⁵

Damit gehen beispielsweise Zeitungen und Zeitschriftenverlage „im Internet“ einen Schritt in Richtung des klassischen Rundfunks, indem sie zusätzlich zu ihren traditionellen Präsentationsformen in Texten und Bildern auch audiovisuelle Inhalte anbieten. Die Rundfunkanstalten ihrerseits unterstützen ihre audiovisuellen Angebote im Internet durch Texte und Bilder und bedienen sich damit einer Prä-

²⁰ ARD/ZDF-Onlinestudie 2008 in Media Perspektiven 2008, 330, 334.

²¹ ARD/ZDF-Onlinestudie 2011 in Media Perspektiven 7-8/2011.

²² ARD/ZDF-Onlinestudie 2011 in Media Perspektiven 7-8/2011.

²³ Vgl. Hain, AfP 2012, 313, 315.

²⁴ Röß, AfP 2010, 521, 522.

²⁵ Röß, AfP 2010, 521, 522.

sentationsform, die bislang nicht ihr Hauptverbreitungsinstrument war. Zusätzlich treten schließlich zu den klassischen Inhalteanbietern neue Anbieter auf den Markt hinzu, z.B. Infrastrukturbetreiber wie die Deutsche Telekom oder Kabel Deutschland.

Unter dem Blickwinkel der Konvergenz ist festzustellen, dass sich beim Rundfunk und den neuen Medien auf der technischen Seite eine rasende Entwicklung vollzieht. Grundlage dieser Entwicklung ist eine technische Leistungssteigerung der elektronischen Informationssysteme in den Bereichen der Inhalte und ihrer Verbreitung.²⁶ Neue Berichterstattungsformen mit Mischungen aus Text, Bild, bewegtem Bild und Ton und Hyperlinks leiten den Nutzer, beinahe hardware-neutral in Sekundenbruchteilen zu weiterführenden Informationen.²⁷

Alle relevanten Wirtschaftszweige aus der Medienbranche haben sich diesen Begebenheiten zu stellen, die in vielfältiger Weise die bisherigen wirtschaftlichen, aber auch die rechtlichen Rahmenbedingungen des Mediengeschäfts in Frage stellen. Mit der Konvergenzentwicklung ist die herkömmliche Grenzziehung brüchig geworden.²⁸ Konvergenz führt dazu, dass Unternehmen, die bisher nur in einem (klassischen) Mediensektor aktiv waren, in andere Mediensektoren expandieren, ohne zugleich ihr bisheriges Wirkungsfeld aufgeben zu müssen. Es handelt sich um die multiplizierte Nutzung diverser Verwertungsmöglichkeiten für einmal hergestellte Inhalte. Insbesondere im Internet finden sich Produkte und Angebote in einem gemeinsamen Wettstreit um die Gunst des Rezipienten wieder, die sich bisher durch den Vertriebsweg voneinander unterscheiden ließen. Dies betrifft vor allem die Computer-, Telekommunikations- und Rundfunkbranche und das Verlagswesen.²⁹

Als Folge der Konvergenz ergibt es sich, dass Tageszeitungen mit elektronischen Ausgaben im Internet vertreten sind und Videos ergänzend zum Abruf bereitstehen. Das Internet kann Text, Fotos und

²⁶ Dörr, ZRP 2008, 133.

²⁷ Peters, Öffentlich-rechtliche Onlineangebote, Rn. 5.

²⁸ Holznapel, MMR 2011, 1, 2.

²⁹ Röß, AfP 2010, 521, 523.

bewegte Bilder übertragen und vereint so die bislang getrennten Medien Presse und Rundfunk und verbindet sie zugleich mit der Welt der Telekommunikation.³⁰ Die Verlagswirtschaft, privater und öffentlich-rechtlicher Rundfunk betätigen sich im Internet mit einer beinahe unüberschaubaren Vielzahl von Angeboten.³¹ Nie zuvor standen dem Nutzer mehr Medien zur Verfügung, die auf jedem Weg und in größter Autarkie alles Relevante und Irrelevante anbieten.³² Die technischen Möglichkeiten erschöpfen sich dabei nicht in der Computernutzung von zu Hause aus, sondern eröffnen dem Nutzer vor allem auch den mobilen Markt. Durch die Verbreitung entsprechend leistungsfähiger Endgeräte wird die Nutzung von internetgestützten Diensten von unterwegs immer attraktiver und alltäglicher. Die Anbieter solcher Dienste reagieren mit Applikationen zur mobilen Wiedergabe der digitalen Inhalte; wie *Schmid* es beschreibt: „die S.Z. und die Tagesschau, die Tagesschau und n-tv, n-tv und SPIEGELonline, SPIEGELonline und heute.de sind jederzeit und allorts erreichbar“.³³

2. Medienwirtschaftliche Bedeutung

Vor dem Hintergrund, dass die Mediennutzung insgesamt steigt und zwar sowohl jene der klassischen Medien, als auch die mediale Internetnutzung³⁴, sind alle privaten Medienunternehmen und natürlich auch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu einer strategischen Neuausrichtung gezwungen.³⁵

Noch spricht vieles dafür, dass die alten Medien, insbesondere das Fernsehen, auf absehbare Zeit die Leitmedien der meisten Mediennutzer bleiben. Wenn es darum geht, ein Massenpublikum zu mobilisieren, reicht bislang kein Medium an das Fernsehen heran. Es ist bei der Betrachtung einer langfristigen Entwicklung der Medien-

³⁰ *Amlung/Fisch*, ZUM 2009, 442; siehe hierzu ausführlich *Gersdorf*, AfP 2011, 209 – 217.

³¹ *Ory*, AfP 2011, 19.

³² *Schmid*, AfP 2011, 23.

³³ *Schmid*, AfP 2011, 23.

³⁴ *Engel/Best*, MediaPerspektiven 2012, 62, 69.

³⁵ *Wimmer*, ZUM 2009, 601, 602.

nutzung in den letzten dreißig Jahren durch ein starkes Wachstum charakterisiert, Radio verzeichnet im letzten Jahrzehnt eine etwas abnehmende Tendenz auf hohem Niveau und gedruckte Medien nehmen auf niedrigem Niveau leicht ab.³⁶

Im Rahmen von Tagesverlaufsanalysen zur Nutzung der Verbreitungswege des Internet gegenüber „klassischen“ Medien erweisen sich im Jahre 2010 jeweils die Leitmedien Fernsehen und Radio im gesamten Tagesverlauf als dominierend. Als einzige der betrachteten Internet-Rezeptionsarten Stream, Audio und Page erlangt das Lesen von Nachrichten im Internet eine signifikante Reichweite. So sind die Portale von Nachrichtendiensten, Zeitungen, Fernsehsendern, Email Providern oder Suchmaschinen Bestandteil der heute am häufigsten ausgeübten Leseanwendung.³⁷

Insgesamt zeigen die vom Tagesablauf abhängigen Nutzungsverhaltensweisen bei verschiedenen Rezeptionsarten im Internet, dass Stream und Audio trotz deutlichen Nutzungszuwachses immer noch von den Leitmedien Fernsehen, bzw. Radio stark dominiert werden und heute in ähnlicher Weise über den Tag genutzt werden wie diese. Beim Lesen gibt es dagegen zwar keinen Nutzungszuwachs, hier sind aber innerhalb der einzelnen Lesemedien Veränderungen im Nutzungsablauf erkennbar, die auch auf veränderte Funktionszuweisungen hindeuten: Die Printzeitung verliert an Bedeutung zugunsten der Nachrichtenlektüre im Internet, die weniger die Rolle der ausführlichen Information am Vormittag und Mittag übernimmt, als eher die Rolle des „Zwischendurch-Informators zu jeder Tageszeit“³⁸.

Es gibt heute also ein Nebeneinander von „klassischen“ und „neuen“ Medien und Medieninhalten, die sich gegenseitig ergänzen und beeinflussen. Fernsehen, Radio und Print haben eine gute Chance, die Nutznießer der Digitalisierung zu sein. Medienkonsumenten sehen, hören und lesen heute, was sie wollen, wann und wo sie wollen. Dies kann die Chance für die Inhalte der klassischen Medien sein, für die

³⁶ Engel/Best, MediaPerspektiven 2012, 62, 69.

³⁷ Engel/Best, MediaPerspektiven 2012, 62, 71.

³⁸ Engel/Best, MediaPerspektiven 2012, 62, 68, 69.

die neuen Technologien neue Wege eröffnen, die Inhalte an den Nutzer zu bringen.³⁹

II. Web 2.0

In der Geschichte der elektronischen Medien hat sich kein anderes Medium so schnell entwickelt wie das Internet. Siebzehn Jahre nach Öffnung des www-Standards für die Allgemeinheit hatte das Internet 2010 einen weitesten Nutzungskreis von fast 70 % der Bevölkerung.

Die intensivsten Nutzer des Internets sind dabei die 14- bis 29-Jährigen. Die Tagesreichweite stieg bei ihnen von 17 % auf 73 % im Zeitraum 2000 bis 2010. Ihre tägliche Nutzungsdauer des Internets lag 2010 bei 144 Minuten, was einer Steigerung gegenüber 2000 um den Faktor 6 entspricht. Damit hat sich das Internet bei den jüngeren Nutzern als zweite Säule in ihrem Medienrepertoire nach dem Fernsehen etabliert und ist bereits Alltagsmedium.⁴⁰

Über zwei Drittel der Bevölkerung ab 14 Jahre nutzt das Netz. Für diese Gruppe ist das Internet Leitmedium.⁴¹ Für die 14- bis 29-Jährigen ist das Internet inzwischen das modernste und vielseitigste Medium.⁴²

Jedoch ist das Durchschnittsalter der „Onliner“ insgesamt gestiegen. Es liegt derzeit bei rund vierzig Jahren. War der Internetnutzer noch vor zehn Jahren im Wesentlichen durch die Eigenschaften „jung, männlich, gut gebildet“ zu beschreiben, hat sich dieses Profil deutlich verändert. Der Zuwachs von 2,7 Millionen neuen „Onlinern“ im letzten Jahr (2010-2011) kam nahezu ausschließlich aus den mittleren und älteren Alterssegmenten.⁴³

Erkennbar ist allerdings ein erheblich unterschiedliches Nutzungsverhalten zwischen den verschiedenen Altersgruppen der

³⁹ Van Eimeren/Frees, Media Perspektiven 7-8/2011, 334, 348.

⁴⁰ Van Eimeren/Ridder, MediaPerspektiven 2011, 2, 10.

⁴¹ Peters, Öffentlich-rechtliche Onlineangebote, 2010, Rn. 5.

⁴² Van Eimeren/Ridder, MediaPerspektiven 2011, 2, 6.

⁴³ Van Eimeren/Frees, MediaPerspektiven 2011, 334, 348.

Internetnutzer. Eine Überschneidungsmenge stellt die Nutzung „klassischer“ Anwendungen wie Emailkommunikation, Informationssuche und Onlineshopping dar, während eine altersmäßige Trennung sichtbar ist bei der Nutzung von sozialen Netzwerken und Audio- und Videoabrufplattformen. Zwar ist das Internet gerade im Vergleich zu Fernsehen und Tageszeitung noch immer ein vergleichsweise junges Medium, jedoch nutzt der Großteil der aktuellen Internetnutzer die vorhandenen kommunikationstechnischen Möglichkeiten des „Web 2.0“ auch noch nicht voll umfänglich aus, sondern holt sich aus dem Netz das, was auch in den „alten“ Medien Fernsehen, Radio und Print die meisten Nutzer garantiert.⁴⁴

Zugleich nimmt die Parallelnutzung von Fernsehen und Internet zu. Je jünger die Menschen und je kompatibler die Medien sind, desto eher werden diese parallel genutzt. Eine mögliche Erklärung dafür ist, dass sich das Internet und die Fernsehnutzung in Teilen hervorragend ergänzen. Immer mehr Menschen nutzen Social-Media-Angebote, wie *Facebook* oder *twitter* parallel zum Fernsehen, um das gerade Gesehene live zu kommentieren. Eine Umfrage von 2011 unter 1300 unter 25-jährigen Nutzern des Internets ergab, dass 80 % während des Fernsehens *twitter*, *Facebook* und andere soziale Dienste nutzten um sich mit anderen über das Gesehene auszutauschen.⁴⁵

Daraus ergibt sich, dass Konsumenten inhaltlich das Fernsehen als Fernsehen annehmen und das Internet als Internet.⁴⁶ Die Multioptionalität des Internet macht dieses zugleich zu einer Universalplattform, die ergänzend zum klassischen Fernsehen für Interaktionen verwendet wird, als alternatives Fernsehgerät oder auch um unabhängig vom Programmschema verpasste Sendungen nachholen zu können.

Das Internet ist Trägermedium für die in ihm verbreiteten Medien, weshalb von einer Plattform gesprochen werden kann.⁴⁷ Ihm fehlt es

⁴⁴ Van Eimeren/Frees, MediaPerspektiven 2011, 334, 348.

⁴⁵ Frees/Van Eimeren, MediaPerspektiven 2011, 350, 357.

⁴⁶ Frees/Van Eimeren, MediaPerspektiven 2011, 350, 357.

⁴⁷ Jäkel, AfP 2012, 224, 225.

an einer Steuerung von Seiten einer institutionellen, redaktionell gestaltenden Kraft. Das Angebot an Inhalten auf dieser Plattform reicht von Angeboten des klassischen Streams, die dem hergebrachten Fernsehen am nächsten sind, über Video- und Audio-On-Demand-Dienste bis hin zu jederzeit erreichbaren Printinhalten, die in Qualität und Umfang der kompletten Bandbreite der klassischen Printmedien entsprechen, angefangen bei der elektronischen Zeitungsausgabe, bis hin zum E-Book.

Kennzeichnendes Element des sogenannten Web 2.0 ist schließlich das Vorhandensein und die Interaktivität von „user generated content“. Dieser wird auf einer Vielzahl von Verbreitungswegen kommuniziert, so reichen die Angebote von Blogs, über Foren bis hin zu eher rudimentären „twitter“-Meldungen im 140-Zeichen-Format.

Privatwirtschaftlich organisierte Medienhäuser, insbesondere Presseverlage, nutzen die Komplexität des Internet hauptsächlich zum Angebot ihrer Produkte über Webanwendungen, so genannte „Apps“, die den einfachen Zugriff auf Daten ermöglichen, die auf Webservern abgelegt sind und durch den Nutzer in der App gelesen, als Grundlage für Online-Spiele verwendet, gehandelt oder anderweitig kommuniziert werden können. Daneben erfolgt eine zunehmende Nutzung des Internet als reiner Vertriebskanal, der es ermöglicht, Programme oder Dateien direkt auf den Endgeräten der Nutzer zu platzieren.⁴⁸ Die Prognose des VDZ⁴⁹ vom Herbst 2011 lautet auf erwartete 15 % Umsatzanteil der Verlage von Publikumszeitschriften durch internetbasierte Geschäfte im Jahre 2014.⁵⁰

Darüber hinaus bietet kein anderes Medium eine technische Leistungsfähigkeit wie das Internet. Die Digitalstrategien der großen Verlagshäuser lassen sich daher insofern charakterisieren, dass Konzerne, die das Digitalgeschäft als zweite Umsatzsäule anstreben, bereit sind, sich auch in den verlagsfernen Sektoren E-Commerce,

⁴⁸ Vogel, MediaPerspektiven 2012, 158.

⁴⁹ Verband Deutscher Zeitschriftenverleger.

⁵⁰ Vogel, MediaPerspektiven 2012, 158.

Venture Capital und Internettechnologien zu bewegen und sich auch hier deutlich transnational aufzustellen.⁵¹

Die führenden deutschen Verlagsgruppen nehmen bereits auch online starke Positionen ein, werden allerdings in ihrem internationalen Auftritt noch durch den Wettbewerb großer amerikanischer Konzerne, wie *Google*, *Ebay*, *Yahoo*, *Facebook* oder *Microsoft* beschränkt. Schließlich drängen auf den Markt der interaktiven Internetnutzung die großen Serviceprovider und nicht zuletzt die Angebote der privaten und öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter.⁵²

III. Medienrechtliche Bedeutung

1. Problematisierung

Die Schwierigkeit der aktuellen Auslegung und Anwendung von Rechtssätzen und -instrumentarien, die im deutschen Rechtskontext im Wesentlichen durch die Verfassung vorgegeben sind, ist in kaum einem Bereich so evident und so spürbar wie im Bereich der Interpretation der Mediengrundrechte, aus denen sich beispielsweise die Struktur der gelebten Rundfunkordnung und auch die Grundfesten des Pressewesens unmittelbar ableiten.

Die „digitale Revolution“ hat einen zu beobachtenden sozialen medialen Wandel ausgelöst, so dass die Frage nicht fern liegt, ob die seit den 1970er Jahren stark auf die Rundfunkverfassung konzentrierte und insbesondere auf die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im „dualen Rundfunksystem“ abstellende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht vor dem Hintergrund der in der Gegenwart gegebenen gesellschaftlichen und technischen Bedingungen stetig zu überprüfen ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit der neuartigen Medienverfassung eines „Netzwerks der Netzwerke“⁵³ bislang nur in einigen

⁵¹ Vogel, MediaPerspektiven 2012, 158, 170.

⁵² Vogel, MediaPerspektiven 2012, 158, 171.

⁵³ *Vesting* in BLM Schriftenreihe, Band 99, S. 17, 22 unter Bezugnahme auf u.a. Ladeur, Funkkorrespondenz 29, 2011, 3ff..

Randbemerkungen beschäftigt, die im Wesentlichen die Rolle der Onlinepräsenz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks betreffen.

Zudem ist die Frage der Aufsicht über öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten einer aktuellen Betrachtung zu unterziehen, da sich die Aufsichtsstruktur trotz der technischen Entwicklungen durch Konstanz auszeichnet. Die Aufsicht über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk hat sich seit der Entwicklung der Idee eines binnenpluralen Systems vor nunmehr sechzig Jahren nur wenig verändert. Es kommt deshalb die Frage auf, ob das bestehende System noch zukunftsweisend ist⁵⁴, was insbesondere vor dem Hintergrund des Dreistufentests und seiner Einbeziehung der bestehenden Aufsichtsstrukturen in den Verfahrensablauf von erhobener Relevanz ist.⁵⁵

Die Öffentlich-Rechtlichen positionieren sich im Bereich elektronischer Medien gebührenfinanziert im publizistischen Wettbewerb zu entgeltlichen oder werbefinanzierten privaten Angeboten⁵⁶ und war dieses wettbewerbliche Spannungsverhältnis in der bisherigen Medienwelt mit seiner vergleichsweise klaren Differenzierung zwischen Rundfunk und Presse einerseits und einem das Nebeneinander von öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk detailliert regelnden Rechtsrahmen andererseits weitgehend ausgeglichen, treten die Folgen der Konvergenz nunmehr erstmals zu Tage. Eine der technischen Medienwelt vergleichbare Konvergenz auch in der Gesetzgebung nachzuvollziehen, ist bislang allerdings ausgeblieben. Es geht damit um nicht weniger als um die Befassung mit der Frage nach einer Medienordnung für die digitale Zukunft.⁵⁷

Entsprechend engagiert wird die Debatte über grundlegende Strukturfragen und letztlich darüber geführt, welche Aufgabe den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Internet zugewiesen ist bzw. sein soll.⁵⁸ Beteiligte der Debatte, die durch die vorliegend

⁵⁴ Hahn, S. 209.

⁵⁵ Siehe dazu ausführlich Lilienthal, S. 11-24.

⁵⁶ Wimmer, ZUM 2009, 601, 602.

⁵⁷ Eberle, AfP 2008, 329; so auch Wimmer, ZUM 2009, 601, 602.

⁵⁸ Vgl. Peters, Öffentlich-Rechtliche Onlineangebote, 2010, Rn 5.

thematisierten Änderungen des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages keineswegs ein Ende, allenfalls eine Richtung gefunden hat, sind Vertreter des öffentlich-rechtlichen Rundfunks einerseits, sowie die privaten Rundfunkveranstalter und Telemedienanbieter und vor allem die Presse andererseits. Letztere betrachtet das öffentlich-rechtliche Onlineengagement gemeinschaftlich weiterhin mit Sorge.⁵⁹

Die privaten Medienunternehmen argumentieren im Wesentlichen, das Informationsangebot im Internet von privater Seite sei ausreichend, weshalb im Netz keine Gebührengelder „verschwendet“ werden dürften. Mit Gebührengeldern finanzierte Onlineangebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verzerrten den Wettbewerb gegenüber den privaten Anbietern, die darauf angewiesen seien, dass sich ihre Angebote durch Werbung oder unmittelbare Entgelte refinanzieren ließen.⁶⁰ Zusätzliche Angebote öffentlich-rechtlicher Anbieter könnten zu Lasten der Angebotsvielfalt gehen, weil sie private Anbieter entmutigten, sich auf dem neuen Markt zu engagieren⁶¹, so die Befürchtung der privaten Medienwirtschaft.⁶²

Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten begegnen dieser Argumentation regelmäßig mit dem Hinweis auf die Natur der wettbewerblichen Auseinandersetzung. Der Wettbewerb unter den Informationsangeboten im Internet sei kein ökonomischer, sondern ein publizistischer Wettbewerb und es gehe damit um die tatsächliche Vielfalt und nicht Vielzahl der Berichterstattung und Meinungen. Angesichts der staatsvertraglich garantierten Werbefreiheit der öffentlich-rechtlichen Onlineangebote sei eine ökonomische Wettbewerbsverzerrung nicht zu erkennen.⁶³ Potenzielle marktliche

⁵⁹ Ring, AfP 2008, 342; wie oben erwähnt, versuchen Branchenvertreter der Presse, die Verbreitung der „tagesschau-App“ gerichtlich zu untersagen.

⁶⁰ Vgl. Peters, Öffentlich-Rechtliche Onlineangebote, 2010, Rn 8.

⁶¹ Wimmer, AfP 2009, 321.

⁶² Vgl. Zusammenfassende Darstellung bei Kurp; Castendyk, AfP 2008, 467 bis 469; ferner bspw. Online bei „heise-online.de“ unter <http://www.heise.de/newsticker/privatsender-wollen-online-expansion-der-ard-bremsen-/meldung/126678> (16.9.12).

⁶³ Eifert in Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, § 11f RStV, Rn. 197.

Auswirkungen, wie sie auf der zweiten Stufe des Dreistufentests Prüfungsgegenstand sind, seien nicht oberste Priorität des Dreistufentests.⁶⁴ Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten berufen sich stets auch und nicht zuletzt auf die durch das Bundesverfassungsgericht manifestierte „Bestands- und Entwicklungsgarantie“ für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, welche ausdrücklich auch die digitale Zukunft erfasse.⁶⁵

Dagegen wird bereits die von Verfassungswegen geschuldete umfassende Versorgung der Bevölkerung mit von meinungsbildendem Inhalt geprägten Informationsangeboten durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk auch im Onlinebereich kritisch betrachtet. Diese allerdings bildet eine der Grundsäulen der heutigen „dualen Rundfunkordnung“, die sich unter der Ägide der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts etabliert hat.

Argument gegen ein Online-Engagement des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist die These, dass seine Internetpräsenz zu einer geringeren Abruffrequenz und Verweildauer seitens privater Angebote führe und damit die wirtschaftliche Position privater Anbieter geschmälert werde. Dies gelte unter den Bedingungen des Web 2.0 insbesondere bezogen auf solche Angebote, die erstmals die Möglichkeit zur Artikulation ihrer publizistischen Inhalte haben.⁶⁶

Im Onlinebereich sei das Gebührenprivileg des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nur durch etwaige Funktionsdefizite kommerzieller und sonstiger privater Angebote gerechtfertigt, weshalb eine gebührenfinanzierte Vollversorgung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Internet von Verfassungswegen nicht (mehr) geschuldet sei.⁶⁷ Gebührenfinanzierte Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks seien nur dann zulässig, wenn sie im Vergleich zu den Angeboten Privater einen quantitativen oder qualitativen Mehrwert begründeten.

⁶⁴ Wiedemann, epd medien 95/07, 33; *dieselbe*, ARD Jahrbuch 09, 20.

⁶⁵ Vgl. Peters, Öffentlich-Rechtliche Onlineangebote, 2010, Rn 9; BVerfGE 119, 181, 218; BVerfGE 74, 297, 324ff; 90, 60, 91; 83, 238, 299; 73, 118, 153ff.; Bethge in Sachs, Art. 5 GG, Rn. 105.

⁶⁶ Gersdorf, K&R 2012, 94, 97.

⁶⁷ Gersdorf, K&R 2012, 94, 97.

Bei einem publizistischen Patt dürfe es keinen gebührenfinanzierten öffentlich-rechtlichen Aufschlag geben.⁶⁸

2. **Stellungnahme**

Ob dieser Argumentationslinie im Ergebnis zu folgen ist, ist fraglich. Zwar ist zuzugestehen, dass sich die tatsächliche Ausgangslage, die den Ausgangspunkt einer jeden bisherigen verfassungsrechtlichen Betrachtung bildet, erheblich gewandelt hat. Weiter ist zuzugestehen, dass der dem Grunde nach noch immer angewandte Organisationsgedanke, dass ein öffentlich-rechtlicher Rundfunk im Sinne einer kommunikativen Chancengleichheit die Versorgung der gesamten Bevölkerung mit alle gesellschaftlichen Gruppen repräsentierender Information sicherzustellen habe, angesichts der überholten Sonder-situation der Frequenzknappheit seinerseits faktisch überholt ist.

Dagegen darf jedoch nicht übersehen werden, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk eine in Nuancen abgewandelte, aber durchaus vergleichbare Aufgabe wie bisher, auch im Onlinebereich wahrzunehmen im Stande ist.

Durch die Möglichkeiten des Web 2.0, welche unbestritten eine deutliche Erhöhung der Vielzahl von publizistischen Quellen bewirken, angesichts derer es dem Rezipienten nicht eben erleichtert ist, eine auch Vielfalt gewährende Informationsquelle aus dem unübersichtlichen Angebot auszumachen, kommt dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine „Ankerfunktion“ zu.

Die Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erfüllen damit im Rahmen der gesetzlich vorgegebenen Reichweite seines Auftrags die Funktion, dem Webnutzer eine Heimstatt für ausgewogene und weitgehend neutrale Berichterstattung zu bieten, auf welche der Nutzer neben der Inanspruchnahme der erhöhten Vielzahl von Angeboten zurückgreifen kann, sei es als ausgewogenes Korrektiv oder als Vergleichsgegenstand der aus anderen Quellen gewonnenen Information. Soweit der öffentlich-rechtliche Rundfunk seinen quali-

⁶⁸ Gersdorf, K&R 2012, 94, 98.

tativen Anspruch aus den klassischen Verbreitungsmedien auch im Onlinebereich anzuwenden vermag, können seine Angebote auch weiterhin die Funktion als eine „Insel der Qualität“⁶⁹ im Sinne der ausgewogenen Vielfalt im Meer der nahezu unüberschaubaren Vielzahl weiterer Angebote wahrnehmen.

Das gesetzlich festgeschriebene Werbeverbot im Onlinebereich für die Öffentlich-rechtlichen ist für diese Funktion ein Alleinstellungsmerkmal, da der öffentlich-rechtliche Rundfunk hinsichtlich seiner Onlineangebote in keiner Weise auf eine Refinanzierung durch Werbekunden angewiesen ist, was insoweit ein entscheidender Vorteil gegenüber kommerziellen Marktangeboten ist, da ein hohes Maße an inhaltlicher Unabhängigkeit gewährleistet ist.

Hinsichtlich des Umstandes, dass sich der Preis von Information im Netz letztlich durch den Werbemarkt bestimmt und sich die Erlösmöglichkeiten des privaten Veranstalters abhängig von der Zugriffszahl der Nutzer bestimmen, so dass dieser sich dem Diktat massenkompatibler Inhalte und Aufmachungen ebenso unterwerfen wird müssen, wie in der klassischen Medienwelt⁷⁰ und der heute alltäglichen durch technische Vorgaben zu Gunsten kommerzieller Anbieter praktizierten Privilegierung kommerzieller Angebote in den Ergebnissen von Internetsuchmaschinen, stellt die Präsenz der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auch im Internet einen ausgleichenden Anker dar.

Unter Berücksichtigung aktueller Marktzahlen und der in die Zukunft gerichteten Marktforschung wird ersichtlich, dass gerade eine Zielgruppe jüngerer Alters im Onlinebereich anzutreffen ist, die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk bisweilen im regulären Programm abhanden kommt. Insoweit ist es wünschenswert, diese Rezipienten-

⁶⁹ Frei nach dem Ministerpräsidenten des Landes Rheinland-Pfalz Kurt Beck, vgl. Schwenn/Theurer/Hanfald „Inseln der Qualität“ mit Wettbewerbsvorteilen“ in FAZ, online abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/politik/rundfunkstaatsvertrag-inseln-der-qualitaet-mit-wettbewerbsvorteilen-1548870.html>.

⁷⁰ Im Ergebnis ebenso Spindler, AfP 2012, 328, 331.

gruppe im Netz nicht allein dem Quell der allein dem freien Spiel der Kräfte folgenden Information auszuliefern.

Die Forderung nach einer deutlichen Reduktion öffentlich-rechtlicher Onlinetätigkeiten, die letztlich allein durch das Argument der gewünschten bzw. bedrohten Vielzahl privater und kommerzieller Angebote im Netz gestützt wird, ist daher unter dem Gesichtspunkt der dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk traditionell zufallenden Aufgabe der qualitativen Vielfaltsicherung abzulehnen.

Es ist nicht ersichtlich, dass die dem Internet als Kommunikationsmedium zuzurechnende Breitenwirkung und Massenattraktivität in der Tendenz zukünftig dauerhaft hinter jener der klassischen Medien zurückbleiben wird⁷¹, so dass das objektive Interesse an einer Sicherung ausgewogener Vielfalt weiterhin besteht. Insoweit leistet der öffentlich-rechtliche Rundfunk einen Beitrag zur Idee der kommunikativen Chancengleichheit, der auch dem Netz nur förderlich sein kann, auch wenn dieser Aspekt primär dem Verständnis der Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG entlehnt ist und die direkte Übertragung auf hybride Sachverhalte des Internets sicherlich einer gesonderten Prüfung unterläge.

Gewissermaßen perfektioniert wird die Auseinandersetzung mit den soeben dargestellten medienrechtlichen Herausforderungen an die gewandelten Umstände in der gegenwärtigen Medienwelt durch die Diskussion über die Erforderlichkeit einer „Internetdienstefreiheit“ im Sinne eines Mediengrundrechtes.⁷² Ein entsprechendes Mediengrundrecht bezogen auf die Internetdienste sieht die gegenwärtige Medienverfassungsordnung nicht vor. Tatsächlich werden Internetdienste von der verfassungsrechtlichen Grundnorm des Art. 5 Abs. 1 GG tatbestandlich nicht erfasst. Vor diesem Hintergrund hat in jedem einzelnen Anwendungsfall eine Abgrenzung und Zuordnung von Internetformaten zu einer der im Einzelnen durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG festgeschriebenen Medienfreiheiten zu erfolgen. Bislang er-

⁷¹ So auch *Hahn/Vesting*, Rundfunkrecht, Einführung Rn. 25, am Beispiel des Internet-Radios.

⁷² Siehe auch *Hain*, K&R 2012, 98.

folgt dies anhand der Verkörperung des Angebots, bzw. des Verbreitungsweges⁷³, wobei die Internetdienste bislang überwiegend der Rundfunkfreiheit zugeordnet werden.⁷⁴ Dies mag im Einzelnen nachvollziehbar sein, soweit das zur Beurteilung gestellte Telemedizinangebot von einem Rundfunkanbieter veranstaltet wird, wobei es insoweit keinen Unterschied macht, ob dieser von seiner Organisationsform her öffentlich-rechtlich oder privat rechtlich organisiert ist. Weitaus problematischer stellt sich allerdings diese vom Ergebnis her gedachte Zuordnung eines Internetformates dar, soweit der Veranstalter beispielsweise ein Presseunternehmen ist, welches nicht unter die Rundfunkfreiheit des Grundgesetzes zu subsumieren ist. Darüber hinaus ergeben sich im Vergleich bestimmter Einzelfälle, zum Beispiel jenes, dass ein Internetangebot durch einen Rundfunkveranstalter angeboten wird, und andererseits jenes, dass ein Presseanbieter der Veranstalter des Angebotes ist, erhebliche Folgefragen mit Blick auf die anzuwendenden Rechtsnormen. Insbesondere sei hier das Spannungsfeld erwähnt, dass für ein ähnlich oder gleich gelagertes Internetangebot im einen Fall die Vorschriften der Rundfunkregulierung in ihrer Gesamtheit heranzuziehen wären und in dem anderen Fall nicht zur Anwendung kämen. Dies zeigt auf, dass die Anwendung der bekannten Rechtssätze auf das historisch gesehen neue Phänomen des Internet nicht reibungslos ist.⁷⁵

Vor dem Hintergrund, dass die über das Internet an die Allgemeinheit adressierten Dienste grundsätzlich wenig Gemeinsamkeit mit dem Rundfunk aufweisen, und der Prozess der Konvergenz noch lange nicht abgeschlossen betrachtet werden kann, entsteht die Überlegung, das Recht, bzw. die rechtliche Betrachtung den gewandelten technischen Umständen anzupassen. Hauptansatz insoweit ist die Überlegung, „das Internet“ als Ganzes als Gegenstand einer neu zu schaffenden Medienfreiheit zu etablieren und ihm angesichts der es ausweisenden Fülle und Diversität an Formaten, Diensten und Inhalten, die so in keinem anderen Medium Verbreitung finden, gleich

⁷³ Jäkel, AfP 2012, 224, 225.

⁷⁴ Bethge in Sachs, Art. 5 GG, Rn. 88.

⁷⁵ Jäkel, AfP 2012, 224, 225.

eine eigene Freiheitskategorie beizumessen.⁷⁶ Diese Vorgehensweise soll dem übergeordneten Zweck dienen, gegenüber den gewandelten technischen Realitäten auch weiterhin funktions- und zukunftsfähig zu bleiben, soweit das Recht betroffen ist.

Bei der Definition des Schutzbereichs eines neuen zu schaffenden Freiheitsrechtes wäre indes eine sorgfältige Abgrenzung zu der durch das Bundesverfassungsgericht statuierten Bestands- und Entwicklungsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vorzunehmen, die die Ausübung des Rundfunkauftrages auch in den digitalen Medien ausdrücklich beinhalten soll. Zwar kann sicher eine solche Bestands- und Entwicklungsgarantie nicht grenzenlos verstanden werden, insbesondere nicht als Freibrief für eine im Ergebnis sachfremde Ausdehnung der Rundfunkfreiheit ins Netz⁷⁷, jedoch dürften sich die dann vorzunehmenden Abgrenzungsfragen zwischen den bestehenden Medienfreiheitsrechten nicht wesentlich von dem gegenwärtig vorzunehmenden Aufwand bei der Subsumtion eines Internetdienstes unter eine der bestehenden Medienfreiheiten unterscheiden.

Vor dem Hintergrund schließlich, dass bislang eine Zuordnung eines Internetdienstes zu einem grundgesetzlich gesicherten Rechtsgut im Bedarfsfall stets gelungen ist, stellt sich andererseits die Frage des Bedarfes nach einer Neuschaffung eines weiteren freiheitsrechtlichen Tatbestandes. Dieser Bedarf ist nicht allein dadurch zu bejahen, dass die Institutionalisierung des Internet und der in ihm vermeintlich herrschenden Freiheit unter manch medienpolitischem Ansatz gewünscht ist. Grundsätzlich ist dem deutschen Medienverfassungsrecht das Auftreten von hybriden elektronischen und digitalen Mediendiensten nicht fremd.

Der vereinzelt in der Literatur vertretenen Auffassung, ein großer Teil der interaktiven Medien, die heute von Jugendlichen präferiert würden, habe mit der Aufgabe des Rundfunks nichts zu tun, weshalb es sich als verfassungsrechtlich besonders problematisch erweise,

⁷⁶ Vgl. Jäkel, AfP 2012, 224, 225; Hain, K&R 2012, 98,99.

⁷⁷ Jäkel, AfP 2012, 224, 228.

wenn der öffentlich-rechtliche Rundfunk unreflektiert in das Internet expandiere⁷⁸, ist mithin ebenfalls nicht zu folgen.

Es ist sicher zuzugestehen, dass die neuen digitalen Kanäle und andere Dienste eher mit dem Ziel entwickelt wurden, die Segmentierung des Publikums durch Diversifizierung und Vervielfältigung von Programmen und Informationsangeboten zu kompensieren.⁷⁹ Dies ist indes kein illegitimes Ziel und widerspricht nicht dem Ansatz des Bundesverfassungsgerichts, das die Weiterentwicklung der Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auch in den digitalen Bereich ausdrücklich propagiert.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Präsenz öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten im Internet grundsätzlich zu begrüßen ist.

Soweit in der Literatur verschiedentlich darauf hingewiesen wird, dass Internetdiensten, gleich welcher Art, eine dem klassischen Rundfunk, insbesondere dem Fernsehen, ähnliche Breitenwirkung und Suggestivkraft nicht zukomme⁸⁰, so ist jedenfalls nicht zu übersehen, dass eine Reihe von Internetangeboten, wie sozialen Netzwerken und anderen Angeboten unmittelbarer Kommunikation, eine doch erhebliche publizistische Kraft beizumessen ist, die nicht selten auch politische Auswirkungen zeitigen soll und tatsächlich zeitigt⁸¹. Dass diese Dienste von ihrer nicht zuletzt technischen Grundanlage her eine andere Funktionsweise bei der Platzierung von Meinung und Information aufweisen als die als klassisch bekannten Verbreitungswege, hindert nicht, gleichwohl den durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wahrgenommenen Auftrag auch gegenüber diesen als qualitatives Korrektiv zu verstehen.

⁷⁸ Ladeur, ZUM 2009, 906, 909.

⁷⁹ Ladeur, ZUM 2009, 906, 907.

⁸⁰ Ladeur, ZUM 2009, 906, 910; ebenso Gersdorf, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten, S. 95.

⁸¹ Vgl. beispielhaft nur den Wahlkampf der demokratischen Partei in den USA 2008 (siehe: <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/wahlkampf-2-0-obama-boomt-im-internet-a-534397.html>) sowie das Phänomen der so genannten Facebook-Revolution in Ägypten 2011.

Bereits der Blick auf die konkreten gesetzlichen Regelungen, hier der Konkretisierung des Onlineauftrages der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, zeigt, dass von einer „unreflektierten“ Expansion der Rundfunkanstalten in das Internet keine Rede sein kann. Die Konvergenz ist noch lange nicht abgeschlossen und wird mit den sogenannten „Next Generation Networks“ eine neue, weitere Stufe erfahren. Um gegenüber den gewandelten technischen Realitäten auch weiterhin funktions-, handlungs- und zukunftsfähig zu bleiben, ist das Recht, bzw. die rechtliche Betrachtung den gewandelten technischen Umständen in maßvollen Schritten anzupassen.⁸²

Den im Rahmen der Einführung des Dreistufentestverfahrens diskutierten Argumenten begegnet der Rundfunkgesetzgeber in weit reichender und genügender Weise.

IV. Rechtsrahmen des Dreistufentests

1. „EU-Beihilfestreit“

Ausgang der streitig andauernden Debatte über die Online-Aktivitäten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland war 2003, als private Medienunternehmen die Europäische Kommission anriefen⁸³, weil nach ihrer Auffassung der konvergenten deutschen

⁸² Jäkel, AfP 2012, 224, 228; so im Ergebnis auch Hain, K&R 2012, 98, 103.

⁸³ CP 2/2003 Beschwerde betreffend die Finanzierung öffentlich-rechtlicher Online-Auftritte, die nicht vom Auftrag der Rundfunkanstalten umfasst seien; CP 232/2003 Beschwerde betreffend die Produktionsgesellschaften der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die unzulässige staatliche Beihilfen erhielten; CP 43/2003 Beschwerde betreffend die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vor dem Hintergrund der Transparenzrichtlinie mit dem konkreten Anlass der Sportrechtfinanzierung (VPRT-Beschwerde); CP 25/2004 Beschwerde betreffend die Bereitstellung von Sendeanlagen durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (DVB-T Berlin-Brandenburg); CP 243/2004 Beschwerde ProSieben/Sat.1 und CP 195/2004 Beschwerde Premiere betreffend Wettbewerbsverzerrungen durch den Erwerb von exklusiven Sportrechten, die nicht zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich seien und überdies durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht sublizenziiert würden.

Medienwirklichkeit kein konvergenter ordnungsrechtlicher Rahmen gegenüberstand.⁸⁴

Grundlage der Prüfung der Kommission war das europäische Beihilfenrecht auf der Grundlage des EG-Vertrages. Die Art. 86 bis 89 EG über staatliche Beihilfen waren Teil der Wettbewerbsvorschriften und gehörten zu dem nach Art. 3 g) EG von der Gemeinschaft zu errichtenden System, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützen sollte.⁸⁵ Zur Erreichung dieses Ziels hatten die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft wichtige Kompetenzen an die Kommission übertragen,⁸⁶ so z.B. das Prüfungsmonopol zur Kontrolle des intendierten Systems.⁸⁷ Hieraus folgte die Berufung der Kommission zur Prüfung, ob eine Maßnahme eines Mitgliedstaates vor dem Hintergrund des Art. 87 EG zulässig war oder nicht.⁸⁸

Wenn die Rechtfertigung einer Beihilfe nach dem Regelungskonzept des Art. 87 EG nicht in Betracht kam, bestand nach Art. 86 Abs. 2 EG gleichwohl die Möglichkeit der Zulässigkeit der Mittelgewährleistung,⁸⁹ das Verbot der Beihilfe fand dann im Einzelfall keine Anwendung.⁹⁰

Mittlerweile existiert die Europäische Gemeinschaft nicht mehr. An ihre Stelle ist die Europäische Union getreten (Art. 1 des Vertrages über die Europäische Union (EUV)⁹¹). Die vertraglich festgelegten Zielsetzungen der Europäischen Union decken sich jedoch mit jenen ihrer Rechtsvorgängerin, der Europäischen Gemeinschaft, so dass die

⁸⁴ Schmid, AfP 2011, 23, 24.

⁸⁵ Mederer in von der Groeben/Schwarze, Vorbem. zu den Art. 87 bis 89 EG, Rn. 1.

⁸⁶ Dörr, Media Perspektiven 7/2005, S. 333.

⁸⁷ Mederer/van Ysendyk in von der Groeben/Schwarze, Art. 87 Abs. 1, Rn. 3; Fink/Cole/Keber, Rn. 174.

⁸⁸ Mederer/van Ysendyk in von der Groeben/Schwarze, Art. 87 Abs. 1, Rn. 3.

⁸⁹ Unter Anwendung der in der „Altmark-Trans“-Entscheidung des EuGH entwickelten Beurteilungskriterien; EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark-Trans*, Slg. 2003, I-7810.

⁹⁰ Fink/Cole/Keber, Rn. 177; dieselben, Rn. 187.

⁹¹ „Vertrag von Lissabon“, Amtsblatt der Europäischen Kommission 2010/C 83/01.

Grundorientierung, wie sie vorstehend hinsichtlich der Europäischen Gemeinschaft skizziert wurde, übertragbar ist. Das Funktionieren der Europäischen Union ist seit 2009 geregelt in dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁹². Es finden sich dort auch Regelungen zur Wettbewerbsordnung und zum Beihilfenrecht, wie sie bereits wortgleich im EG-Vertrag vorhanden waren (Art. 106ff AEUV).

Die Beihilfenaufsicht der Europäischen Kommission und insbesondere die Regelung des Art. 86 Abs. 2 EG (Art. 106 Abs. 2 AEUV) spielen hinsichtlich der Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten eine wichtige Rolle.⁹³ Die Kommission prüfte das Finanzierungssystem für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland vor dem Hintergrund des primär wirtschaftlich ausgerichteten europäischen Beihilfenrechts.⁹⁴ Das Verfahren beeinflusste das deutsche Rundfunkrecht nachhaltig.⁹⁵

Vor dem Hintergrund des Amsterdamer Protokolls⁹⁶ wurden die Leitlinien der Entscheidungsfindung in der „Mitteilung der Europäischen Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk“⁹⁷ dargelegt.⁹⁸

Die Kommission stellt darin fest, dass der (private und öffentlich-rechtliche) Rundfunk eine wichtige Rolle bei der Förderung der kulturellen Vielfalt eines jeden Mitgliedstaates spielt, indem er erzieherische oder bildende Programme anbietet, die Öffentlichkeit auf objektive Weise informiert, die Meinungsvielfalt sichert und auf

⁹² Amtsblatt der Europäischen Kommission 2010/C 83/01.

⁹³ *Fink/Cole/Keber*, Rn. 174.

⁹⁴ Beihilfeverfahren E3/2005.

⁹⁵ *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Teil B 5, Rn. 1.

⁹⁶ Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten, Amtsblatt Nr. C 340 vom 10. November 1997.

⁹⁷ Amtsblatt der Europäischen Union 2001/C 320/04ff; im Folgenden zitiert als Rundfunkmitteilung 2001.

⁹⁸ Siehe zusammenfassend *Eifert/Eilers* in *Hahn/Vesting*, Rundfunkrecht, § 11 RStV, ab Rn. 22.

demokratische und kostenlose Weise qualitativ hochwertige Unterhaltung liefert.⁹⁹

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist trotz seiner klaren wirtschaftlichen Bedeutung jedoch nicht mit öffentlichen Anbietern anderer Wirtschaftszweige vergleichbar, denn es gibt keinen Dienst, der gleichzeitig so viele Menschen erreicht, die Bevölkerung mit einer großen Menge an Informationen und Inhalten versorgt und damit sowohl individuelle Ansichten, als auch kollektive Meinung verbreitet und beeinflusst.¹⁰⁰ Der Rundfunk bereichert die öffentliche Debatte und sichert letztendlich ein hohes Maß an Teilhabe aller Bürger am öffentlichen Leben.¹⁰¹

Die Überarbeitung der Mitteilung von 2009¹⁰² bestätigt die besondere Stellung des Rundfunks in Europa und stellt darauf ab, dass der Rundfunk- und der übrige audiovisuelle Markt aufgrund technologischer Veränderungen, wie der Vervielfältigung der Verbreitungsplattformen und Technologien, wie Digitalfernsehen, IPTV und video on demand, einen grundlegenden, weitgehenden Wandel erfahren haben. Auf der Grundlage neuer Technologien sind neue Dienste, wie Online-Informationendienste, nichtlineare Dienste und Dienste auf Abruf entstanden.¹⁰³ Vor allem haben sich die Tätigkeitsfelder im Rundfunk- und dem Markt für audiovisuelle Medien stark diversifiziert, auch jene der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.

Aufgrund der Auflösung der Rundfunkmonopole, der damit einhergehenden Diversifizierung des Marktes und der rasanten technischen Entwicklung, ist jedoch auch die Besorgnis gestiegen, die privaten Rundfunkveranstalter könnten eine Benachteiligung im Wettbewerb erleiden. Zeitungsverlage, andere Printmedien sowie private Rundfunkveranstalter seien jedoch ebenfalls wichtige Garanten für eine

⁹⁹ Rundfunkmitteilung 2001, Rn. 7.

¹⁰⁰ Rundfunkmitteilung 2001, Rn. 6.

¹⁰¹ Rundfunkmitteilung 2001, Rn. 8.

¹⁰² Amtsblatt der Europäischen Union 2009/C 257/01; im Folgenden zitiert als Rundfunkmitteilung 2009, dort Rn. 9, 11.

¹⁰³ Rundfunkmitteilung 2009, Rn. 5.

objektiv informierte Öffentlichkeit und für Demokratie.¹⁰⁴ Sie leisten ihrerseits einen erheblichen Beitrag zur Erreichung der Ziele des Protokolls von Amsterdam, indem sie helfen, den Pluralismus zu wahren und die kulturelle und politische Debatte zu bereichern und die Programmauswahl zu vergrößern. Das Problembewusstsein im beihilferechtlichen Zusammenhang drückt die Kommission konkret bezogen auf die Internet-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten aus, indem sie feststellt, dass die kommerziellen Mediendienstleister von potenziell negativen Auswirkungen betroffen sind, die staatliche Beihilfen zugunsten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten auf die Entwicklung neuer Geschäftsmodelle in einem gemeinsamen Wettbewerb im Internet haben könnten.¹⁰⁵

Diese Prämissen galt es für die Kommission bei der Entscheidung über die ihr vorgelegten Beschwerden zu berücksichtigen und in Einklang mit dem wettbewerbsrechtlichen Ansatz des Beihilfenrechts zu bringen. Die Kommission kam zu einem Ergebnis, das sie der Bundesrepublik Deutschland mit einem informatorischen Schreiben vom 24.4.07¹⁰⁶ zur Kenntnis gab:

Die Auftragsdefinition für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten in Deutschland sei mit Blick auf neue Programmformen nicht hinreichend präzise, insbesondere weil es an Programmkonzepten fehle, die den Umfang der anzubietenden Programme näher bestimmten.¹⁰⁷ Soweit eine bloße Ermächtigung einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt zur Erbringung von nicht weiter definierten Tätigkeiten im Rundfunkstaatsvertrag vorgesehen sei, könne dies nicht als ausreichende Beauftragung im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG (Art. 106 Abs. 2 AEUV) angesehen werden.¹⁰⁸ Es liege daher jedenfalls hinsichtlich des Angebots neuer Mediendienste in Deutschland keine hinreichende Beauftragung der Rundfunkanstalten vor.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Rundfunkmitteilung 2009, Rn. 16.

¹⁰⁵ Rundfunkmitteilung 2009, Rn. 16.

¹⁰⁶ Online abrufbar unter http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/comp-2005/e003-05.pdf.

¹⁰⁷ Schreiben v. 24.4.07, Rn. 225.

¹⁰⁸ Schreiben v. 24.4.07, Rn. 247.

¹⁰⁹ Schreiben v. 24.4.07, Rn. 252.

Aufgrund der mangelhaften Definition der durch die Rundfunkanstalten auszuführenden Tätigkeiten in diesen Bereichen sei ferner eine wirksame Kontrolle ihrer Tätigkeit zweifelhaft, weil sich bereits der Maßstab des durch die Kontrollorgane zu Prüfenden unklar darstelle.¹¹⁰ Schließlich gewährleisteten die bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen nicht, dass der den öffentlichen Rundfunkanstalten gewährte Ausgleich auf das für die Erfüllung des öffentlichen Auftrags erforderliche Maß beschränkt sei, dass die kommerziellen Tätigkeiten nach marktkonformen Grundsätzen ausgeübt würden und dass die nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht unverhältnismäßig seien, so die Kommission.¹¹¹ Damit stellte die Kommission das bis dahin in Deutschland praktizierte System der Rundfunkfinanzierung unter dem Gesichtspunkt des Beihilfenrechts grundlegend in Frage.

Die Ermächtigung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Erbringung nur unscharf definierter neuer Mediendienste und die daraus resultierende mangelnde Vorhersehbarkeit des Umfangs solcher Dienste für Dritte berge die Gefahr, dass andere Marktteilnehmer davon abgehalten würden, solche neuen Mediendienste zu entwickeln und anzubieten.¹¹²

Die Kommission vertrat vor diesem Hintergrund die Auffassung, es handle sich bei der deutschen Rundfunkgebühr um eine staatliche Beihilfe, die nach den Vorgaben des Art. 87 Abs. 1 EG (Art. 107 Abs. 1 AEUV) unzulässig und die auf der Grundlage des zum Zeitpunkt der Prüfung geltenden nationalen Rundfunkrechts nicht durch die Regelung des Art. 86 Abs. 2 EG (Art. 106 Abs. 2 AEUV) ausnahmsweise als einer Dienstleistung von allgemeinerwirtschaftlichem Interesse dienend gerechtfertigt sei, weil der Inhalt der Dienstleistung durch das Gesetz unzureichend definiert sei.

Die Kommission empfahl zur Behebung dieses danach europa-

¹¹⁰ Schreiben v. 24.4.07, Rn. 253.

¹¹¹ Schreiben v. 24.4.07, Rn. 307.

¹¹² Schreiben v. 24.4.07, Rn. 230.

rechtswidrigen Zustands eine Reihe zweckdienlicher Maßnahmen, wobei die zentrale Forderung die Präzisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Hinblick auf Dienste war, die auf dem Internet-Protokoll-Standard basieren.¹¹³

Darüber hinaus empfahl die Kommission die Verpflichtung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Durchführung eines dreistufigen Tests zur Ermittlung der Vereinbarkeit eines neuen oder veränderten Telemedienangebots mit dem Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks¹¹⁴ und forderte schließlich eine Kontrolle der Auftrags Erfüllung durch eine unabhängige staatliche Stelle.¹¹⁵

Deutschland hat hinsichtlich der Umsetzung der von der Kommission vorgeschlagenen zweckdienlichen Maßnahmen seinerseits verbindliche Zusagen gemacht, um die Einstellung der Beschwerdeverfahren ohne eine die deutsche Rundfunkfinanzierung negativ bescheidende Entscheidung der Kommission zu erreichen.¹¹⁶ Mit zitiertem Schreiben vom 24.4.07 stellte die Kommission das Verfahren gegen Deutschland ein¹¹⁷, nachdem die von Deutschland zur Ausräumung der Bedenken der Kommission vorgeschlagenen gesetzgeberischen Maßnahmen als geeignet bewertet wurden. Die Kommission bezieht sich insoweit explizit sowohl auf das von Deutschland vorgeschlagene Handlungskonzept¹¹⁸, als auch auf die im Einzelnen skizzierten Maßnahmen der Beauftragung und Kontrolle öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten mit der Veranstaltung von Telemedien.¹¹⁹ Sie legte allerdings die von Deutschland gemachten Zusagen dezidiert dar und verband die Darstellung mit einer

¹¹³ Schreiben v. 24.4.07, Rn. 309f.; vgl. im Einzelnen detaillierte Darstellung bei Meyer, S. 8, 9; Schulz, S. 4.

¹¹⁴ Meyer, S. 13.

¹¹⁵ Koenig, ZUM 2004, 122, 123; Koenigs, ZEuS 2006, 135, 161.

¹¹⁶ Mit Schreiben vom 28.12.06 (Az. Kommission A/30032), detaillierte Zusammenfassung siehe Schreiben v. 24.4.07, Rn. 328ff.; vgl. ausführliche chronologische Darstellung bei Peters, K & R 2009, 27, 28; ferner bei Müller-Terpitz, AfP 2008, 338ff. und Meyer, S. 7.

¹¹⁷ Schreiben vom 24.4.07, Rn. 398.

¹¹⁸ Schreiben vom 24.4.07, Rn. 362.

¹¹⁹ Schreiben vom 24.4.07, Rn. 368 bis 374.

Fristsetzung von zwei Jahren, binnen derer die erfolgten Zusagen in verbindliche Regelungen des deutschen Rechts umgesetzt werden mussten¹²⁰, um eine Wiederaufnahme des Beihilfeverfahrens zu verhindern, die sich die Kommission vorbehalten hat.¹²¹

Der Dreistufentest und das ihn prägende Verfahren sind in dem Schreiben vom 24.4.07 bereits detailliert beschrieben¹²², die Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages sind somit das gesetzgeberisch umgesetzte Ergebnis der Zusagen Deutschlands im Beihilfestreitverfahren. Seine Einführung ist mithin faktisch den Forderungen der Kommission vor dem Hintergrund des Beihilfenrechts der Europäischen Union geschuldet¹²³ und dient zugleich der Herstellung von Rechtssicherheit im Beihilfeverfahren der Kommission gegen Deutschland.

2. Onlineauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Die Länder haben den Ordnungsrahmen für das Rundfunkrecht über die im EU-Beihilfeverfahren durch die Bundesregierung gemachten Zusagen hinaus fortentwickelt¹²⁴ und die Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch den 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag grundlegend verändert.¹²⁵ Insbesondere hat der Gesetzgeber bei den Festlegungen zum Onlineauftrag Regelungen getroffen, die die Möglichkeiten der Online-Betätigung durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk näher konkretisieren, bzw. für gewisse Bereiche ausschließen.¹²⁶

a) Angebotsdefinition

Durch die Neuregelung des § 11 RStV wurde der Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten neu gefasst. § 11 Abs. 1 RStV spricht als Mittel zur Erfüllung des Auftrags seither von den „Ange-

¹²⁰ Schreiben vom 24.4.07, Rn. 324.

¹²¹ Schreiben vom 24.4.07, Rn. 400.

¹²² Schreiben vom 24.4.07, Rn. 328 bis 333.

¹²³ *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Teil B 5, Rn. 1.

¹²⁴ *Woldt*, Media Perspektiven 2/2011, 66, 67.

¹²⁵ *Ladeur in Paschke/Berlit/Meyer*, Teil 1, 3. Kapitel, Rn. 115.

¹²⁶ *Gerhardt*, AfP, 2010, 16, 17.

boten“ der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Durch die Herstellung und Verbreitung seiner Angebote soll der öffentlich-rechtliche Rundfunk als Medium und Faktor des Prozesses freier, individueller und öffentlicher Meinungsbildung wirken und dadurch den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen.

Was konkret Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sind, legen die §§ 11a-d RStV fest. Demnach umfassen die Angebotsmöglichkeiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks natürlich die klassischen Verbreitungsmittel, wie Hörfunk- und Fernsehprogramme, sowie ausdrücklich auch Telemedien. Schließlich darf der öffentlich-rechtliche Rundfunk programmbegleitende Druckwerke mit programmbezogenem Inhalt anbieten. Die §§ 11b und 11c RStV enthalten nähere Bestimmungen zu den Fernseh- und Hörfunkprogrammen.

b) Zulässige Telemedienangebote

§ 11d RStV regelt die Zulässigkeit von Telemedienangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

Danach sind Telemedienangebote zulässig, die journalistisch-redaktionell veranlasst und ebenso gestaltet sind. Diese abstrakte Auftragsdefinition wird konkretisiert durch § 11d Abs. 2 RStV. Gestattet ist danach die Präsentation von Sendungen öffentlich-rechtlicher Programme im Wege von Telemedienangeboten (z.B. Mediatheken) bis zu sieben Tage nach deren Ausstrahlung. Sendungen von Großereignissen, wie Spielen der ersten und zweiten Bundesliga, sind bis zu 24 Stunden nach ihrer Ausstrahlung in Telemedien zulässig. Zulässig sind ferner bis zu sieben Tage nach der Ausstrahlung eines Programmbeitrages auf diese konkrete Sendung bezogene Telemedien, soweit auf für die jeweilige Sendung genutzte Materialien und Quellen zurückgegriffen wird und diese Telemedien die Sendung thematisch und inhaltlich unterstützen, vertiefen und begleiten.

Im Übrigen sind durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf der Grundlage selbst erstellter Richtlinien und selbst verabschiedeter Satzungen Telemedienkonzepte zu erstellen, die die einzelnen Telemedienangebote beschreiben, die sowohl sendungsbezogen als auch nicht sendungsbezogen nach Ablauf von sieben Tagen im Internet vorgehalten werden sollen. Solche Telemedien müssen gemäß § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV ein Verfahren nach § 11f RStV durchlaufen, um förmlich sicherzustellen, dass das jeweilige Angebot dem gesetzlichen Auftrag der Anstalt entspricht; den Dreistufentest. Gleiches gilt für die zeitlich unbefristete Vorhaltung von Archiven mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten im öffentlich-rechtlichen Telemedienangebot.

c) Unzulässige Telemedienangebote

Der Gesetzgeber verneint die Zulässigkeit bestimmter Telemedienangebote zur Erfüllung des neu formulierten Rundfunkauftrags ausdrücklich.

Nach § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV sind nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote ausdrücklich nicht zulässig. Darüber hinaus dürfen gemäß § 11d Abs. 5 RStV öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten keine Werbung und kein Sponsoring in den Telemedien platzieren, sie dürfen keine angekauften Spielfilme oder Fernsehserien, die keine Auftragsproduktionen sind, zum Abruf bereitstellen, und ihnen ist eine flächendeckende lokale Berichterstattung in Telemedien nicht gestattet. Schließlich hat der Gesetzgeber eine „Negativliste öffentlich-rechtlicher Telemedien“ erstellt. Diese umfasst

1. Anzeigenportale, Anzeigen oder Kleinanzeigen
2. Branchenregister und Verzeichnisse
3. Preisvergleichsportale sowie Berechnungsprogramme, z.B. Preisrechner oder Versicherungsrechner
4. Bewertungsportale für Dienstleistungen, Einrichtungen und Produkte
5. Partner-, Kontakt-, Stellen-, Tauschbörsen
6. Ratgeberportale ohne Sendungsbezug

7. Businessnetworks
8. Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne von § 3 Nr. 24 TKG
9. Wetten im Sinne von § 762 BGB
10. Softwareangebote, soweit nicht zur Wahrnehmung des eigenen Angebots erforderlich
11. Routenplaner
12. Verlinkungen ohne redaktionelle Prüfung, Verlinkungen sollen ausschließlich der unmittelbaren Ergänzung, Vertiefung oder Erläuterung des Eigeninhalts (auch von Beteiligungsunternehmen) dienen und nicht unmittelbar zu Kaufaufforderungen führen
13. Musikdownload von kommerziellen Fremdproduktionen
14. Spieleangebote ohne Sendungsbezug
15. Fotodownload ohne Sendungsbezug
16. Veranstaltungskalender (sendungsbezogene Hinweise auf Veranstaltungen sind zulässig)
17. Foren, Chats ohne Sendungsbezug und redaktionelle Begleitung; Foren, Chats unter Programm- oder Sendermarken sind zulässig. Foren und Chats dürfen nicht inhaltlich auf Angebote ausgerichtet sein, die nach den Nummern 1 bis 16 unzulässig sind.

Die aufgezählten Telemedienangebote hat der Gesetzgeber als relevant für Erwerbszwecke kommerzieller Anbieter erkannt und den Auftrag zur Veranstaltung von Telemedienangeboten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten insoweit begrenzt.¹²⁷

d) Bewertung

Die Rundfunkfreiheit ist verfassungsmäßiges Abwehrrecht mit objektiv-rechtlicher Dimension. Damit einher geht die Ausgestaltungspflicht für den Gesetzgeber, die vom Bundesverfassungsgericht in einer Reihe von Entscheidungen konkretisiert wurde.¹²⁸ Die Rundfunkfreiheit umfasst danach zwar die Pro-

¹²⁷ Begründung, S. 19.

¹²⁸ *Papier*, Rechtsgutachten, epd medien 60/2010, S. 18.

grammautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sowohl hinsichtlich des Programminhalts, als auch hinsichtlich dessen Darbietung. Der Programmautonomie dürfen durch den einfachgesetzlich auszugestaltenden Funktionsauftrag jedoch keine die Rundfunkfreiheit in ihrem Wesen beeinträchtigenden Beschränkungen auferlegt werden, denn die Rundfunkanstalten und ihre Programmentwicklung müssen für die Reaktion auf neue Publikumsinteressen sowie für neue Programmformen und -inhalte offen sein.¹²⁹

Die Bindung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten an ihre Aufgabe hat vor allem Bedeutung für die Bestimmung der gesetzmäßigen Reichweite der Online-Angebote.¹³⁰ Die Angebote im Netz müssen zulässig und zugleich zur Erfüllung des Auftrags der Rundfunkanstalten erforderlich sein. Der Gesetzgeber muss in einer dualen Rundfunk- bzw. Medienordnung, in der öffentlich-rechtliche und private Veranstalter nebeneinander bestehen, dafür Sorge tragen, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben gleichgewichtiger Vielfalt im Ergebnis durch das Gesamtangebot aller Veranstalter erfüllt werden.¹³¹ Es darf dabei jedoch nicht die sich aus der Rundfunkfreiheit ergebende Autonomie der Rundfunkanstalten aus den Augen verloren werden.¹³² Der nach dem Beihilfestreit entworfene Rechtsrahmen hat insoweit einen Ausgleich geschaffen, auch wenn er Kritik unter Praktikabilitätsgesichtspunkten hervorgerufen hat.

Dabei ist die einfachgesetzliche Umgrenzung des Programmauftrags aus verfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich zulässig.¹³³ Die Präzisierung des Auftrags der Rundfunkanstalten durch die Neufassung des § 11 RStV und die Schaffung des Mechanismus des Dreistufentests ist mit dem Grundgesetz vereinbar.¹³⁴

¹²⁹ BVerfGE 83, 238, 299; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Teil B 5, vor § 11 RStV, Rn. 14; *Kannengießer* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf Art. 5 GG, Rn. 16.

¹³⁰ *Ladeur* in *Paschke/Berlit/Meyer*, Teil 1, 3. Kapitel, Rn. 115.

¹³¹ *Papier*, Rechtsgutachten, epd medien 60/2010, S. 20.

¹³² *Grzeszick*, NVwZ 2008, 608, 613.

¹³³ BVerfGE 90, 60, 92; 119, 181, 219.

¹³⁴ So auch *Grzeszick*, NVwZ 2008, 608, 613.

3. Der Dreistufentest im Einzelnen

Den Dreistufentest schreibt der Gesetzgeber für den Abruf von Sendungen sowie sendungsbezogenen Telemedien im Internet über sieben Tage nach der Ausstrahlung der Sendung hinaus vor, für das Angebot von nicht- sendungsbezogenen Telemedien, für das Angebot von zeitlich unbefristeten Archiven mit zeit- und kulturgeschichtlichen Inhalten, für ausschließlich im Internet verbreitete Hörfunkprogramme, für Fernseh-Textangebote sowie im Sinne einer rückwirkenden Gesamtbetrachtung für den gesamten Bestand des öffentlich-rechtlichen Onlineangebotes bis 31.8.2010.

Somit findet der Dreistufentest nur für diejenigen neuen oder veränderten Telemedienangebote statt, die nicht schon kraft Gesetzes nach Maßgabe des § 11d Abs. 2 Nr. 1, 2 RStV dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk als Aufgabe übertragen worden sind.¹³⁵

Er dient der Beantwortung der Frage, ob der jeweilige Gegenstand des Verfahrens trotz mangelnder, ausdrücklicher gesetzlicher Beauftragung gleichwohl im Einzelfall vom Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt umfasst und damit zulässig ist. Dies ist der Fall, soweit sich das jeweilige Angebot durch „publizistischen Mehrwert“ auszeichnet. Dies ist, wenngleich im Wortlaut der einschlägigen Vorschrift gar nicht enthalten, der Schlüsselbegriff des gesamten Verfahrens.¹³⁶

§ 11f Absatz 4 RStV lautet:

„Ist ein neues Angebot oder die Veränderung eines bestehenden Angebots nach Absatz 1 geplant, hat die Rundfunkanstalt gegenüber ihrem zuständigen Gremium darzulegen, dass das geplante, neue oder veränderte Angebot vom Auftrag umfasst ist. Es sind Aussagen darüber zu treffen,

¹³⁵ Dörr, ZUM 2009, 897, 898.

¹³⁶ Peters, Öffentlich-Rechtliche Onlineangebote, Rn. 360.

1. in wieweit das Angebot den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht,
2. in welchem Umfang durch das Angebot in qualitativer Hinsicht zum publizistischen Wettbewerb beigetragen wird und
3. welcher finanzielle Aufwand für das Angebot erforderlich ist.

Dabei sind Quantität und Qualität der vorhandenen frei zugänglichen Angebote, die marktlichen Auswirkungen des geplanten Angebots, sowie dessen meinungsbildende Funktion angesichts bereits vorhandener vergleichbarer Angebote, auch des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, zu berücksichtigen. Darzulegen ist der voraussichtliche Zeitraum, innerhalb dessen das Angebot stattfinden soll.“

Der Dreistufentest ist Kernstück und Messlatte für den komplexen Such-, Findungs-, sowie Abwägungsprozess, ob ein neues oder verändertes Telemedienangebot für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung insgesamt optimierend wirkt. Es nötigt den öffentlich-rechtlichen Rundfunk im positiven Sinne dazu, nicht nur gute Angebote, sondern auch gute Gründe dafür zu produzieren.¹³⁷

a) Vorbild Public Value Test

aa) Das Verfahren des PVT bei der BBC

Pate für das Verfahren nach § 11f Abs. 4 bis 7 RStV stand der für die britische BBC seit 2007 praktisch angewandte „Public-Value-Test (PVT)“.¹³⁸

Der Begriff des Public Value geht zurück auf den Organisationswissenschaftler *Moore*, der die These entwickelte, dass öffentliche Einrichtungen ihren Zweck im Interesse des Gemeininteresses effizi-

¹³⁷ So *Schellhammer* in „Der Tagesspiegel“ vom 07.02.09, eine Äußerung von *Schulz* zitierend (inhaltlich ähnlich; jener selbst in *Schulz*, Kurzstudie 2008, S. 29); siehe online unter <http://www.tagesspiegel.de/medien-news/ARD;art15532,2725197> (17.03.09).

¹³⁸ So z.B. *Peters*, K & R 2009, S. 29.; *Schulz*, Kurzstudie 2008, S. 5. m.w.N.; *Meyer*, 2008, S. 15 und *Peters*, Öffentlich-rechtliche Onlineangebote, 2010, R. 362; *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Teil B 5, Rn. 16.

enter erreichen, wenn Management und Nutzer zusammenarbeiten mit dem Ziel, das Handeln der Einrichtung an den Bedürfnissen der Öffentlichkeit auszurichten.¹³⁹ Der Begriff *Moore's* ist von der BBC 2004 in ihrem Manifest zur Erneuerung ihrer Charta¹⁴⁰ mit dem Titel „Building Public Value“ übernommen worden. In dem Manifest heißt es: „*Die BBC soll stets den allgemeinen Nutzen prüfen bei allem, was sie tut – in ihren Angeboten, ihren kommerziellen Aktivitäten, ihrem Betätigungsfeld und ihrer Reichweite*“.¹⁴¹

Der „public value“ besteht danach aus drei für die BBC leitenden Komponenten:

1. Der „Wert des Angebots der BBC für die Nutzer als Individuen und die Gesellschaft als Ganze“ liegt im Programmauftrag der BBC (to inform, to educate, to entertain¹⁴²) begründet. 2. Es findet ein Qualitätsmanagement mit regelmäßiger Evaluierung unter Berücksichtigung des ökonomischen Nettowerts (net economic value¹⁴³) statt, wobei sowohl positive Elemente, wie Investitionen in Fortbildung und Kreativität, als auch negative Elemente, wie der Einfluss auf die Nachfrage kommerzieller Produkte, eine Rolle spielen.¹⁴⁴ Schließlich 3. Transparenz der BBC, ihrer Verfahren und Prozesse gegenüber dem Nutzer.

¹³⁹ Grundlegendes Werk: *Moore*, Creating Public Value, Strategic Management in Government, 1995; Kennedy School of Government, Profil unter http://ksgfaculty.harvard.edu/mark_moore (18.12.12).

¹⁴⁰ Seit über 80 Jahren ist die sog. Royal Charter die rechtliche Grundlage der BBC. Die erste Royal Charter galt vom 1. Januar 1927 bis zum 31. Dezember 1936. „Royal“, da Ausdruck einer königlichen Konzession, wird sie anders als ein reguläres Gesetz von der Krone aufgrund eines historischen Vorrechts gegenüber dem Parlament für eine Dauer von 10 Jahren erteilt. Weitere rechtliche Grundlage der BBC ist das sog. Framework Agreement, ein „Abkommen“ zwischen dem zuständigen Ministerium, dem Department of Culture, Media and Sport und der BBC, das die Royal Charter konkretisiert; vgl. Details bei *Meyer*, 2008, S. 15, 16.

¹⁴¹ *Collins*, APuZ 9-10/2009, S. 32, 34; sowie sehr detaillierte Darstellung bei *Meyer*, 2008, S. 16-20; die Formulierung findet sich nunmehr als Bestandteil der Royal Charta, Section Incorporation and Purposes, Ziff. 3 Abs. 3, S. 2.

¹⁴² Royal Charta, Section „Incorporation and Purposes“, Ziff. 5, S. 3.

¹⁴³ Framework Agreement, S. 13.

¹⁴⁴ vgl. *Meyer*, 2008, S. 22, 23.

Zur Umsetzung des formulierten Ziels wurde ein neues Gremium geschaffen, der „BBC Trust“. Dieses Gremium mit zwölf durch die Königin ernannten Mitgliedern¹⁴⁵ trat an die Stelle der BBC-Rundfunkräte, die zuvor als öffentliche Körperschaft bestanden hatten. Institutionell ist der Trust Teil der Anstaltsstruktur der BBC¹⁴⁶, jedoch nur den Vorgaben für seine eigene Arbeit gebunden, insofern unabhängig¹⁴⁷ und deutlicher vom BBC-Vorstand getrennt, als es die Gremien zuvor gewesen waren.¹⁴⁸ Seine Funktion ist regulativ und sein Hauptkontrollinstrument ist die Durchführung und Aufsicht eines Public Value Test (PVT) zur Bewertung der Programmleistung der BBC unter Gesichtspunkten des Gemeinwohls¹⁴⁹, in Kooperation mit der Ofcom.¹⁵⁰ Der BBC-Trust versteht sich als Vertreter der Interessen aller Gebührenzahler.¹⁵¹

b) Vergleich mit dem Dreistufentest

Gewisse Gemeinsamkeiten zwischen dem Dreistufentest und dem PVT sind nicht von der Hand zu weisen. Beide Verfahren haben die Bewertung der publizistischen Angebote von gebührenfinanzierten Rundfunkanstalten zum Gegenstand und werden durch gegenüber der Rundfunkanstalt unabhängigen, aber gleichwohl inkorporierten Gremien im Sinne einer Kontrolle durchgeführt.

Auch scheinen sich die Prüfungskriterien teilweise zu überschneiden, soweit die Auswirkungen des Angebots auf den privaten Wirtschaftssektor oder der Nutzen des Angebots für die Allgemeinheit im PVT eine Rolle spielen und beim Dreistufentest die Frage, in welchem Umfang durch das Angebot in qualitativer Hinsicht zum

¹⁴⁵ Royal Charta, Section BBC Trust, Ziff. 13-18, S. 5-6; vgl. ferner aktuelle Einzelheiten online unter
http://www.bbc.co.uk/bbctrust/about/bbc_trust_members/index.html (06.03.09)

¹⁴⁶ Royal Charta, Section Constitution, Ziff. 7, S. 3.

¹⁴⁷ Royal Charta, Section Incorporation and Purposes, Ziff. 1 Abs. 2, S. 2.

¹⁴⁸ Royal Charta, Section Constitution, Ziff. 8 und 9, S. 4.

¹⁴⁹ Framework Agreement, S. 11 ff; vgl. auch Collins, APuZ 9-10/2009, S. 32, 35.

¹⁵⁰ Framework Agreement, S. 13 (Ziff. 29 „Joint Steering Group“).

¹⁵¹ Royal Charta, Section The BBC Trust, Ziff. 22 (c), S. 7-8; so auch in der Einleitung zum Framework Agreement, S. i.

publizistischen Wettbewerb beigetragen wird, sowie die geforderte Angabe der erwarteten Nettokosten des projektierten Angebots.

Jedoch ergibt die nähere Betrachtung, dass sich sowohl die beiden Verfahren, als auch ihre Prüfungskriterien im Einzelnen erheblich unterscheiden.¹⁵² Dies liegt vor allem in dem Anlass ihrer Entstehung begründet und in unterschiedlichen Verfassungsbedingungen für die Öffentlich-Rechtlichen in Deutschland und der BBC.¹⁵³

Der PVT beansprucht entsprechend seiner Benennung eine Aussage zum öffentlichen Nutzen oder Wert des gegenständlichen Angebots für die Gesellschaft als Ganzes zu tätigen. Dies geht zurück auf das Verständnis von public value im Sinne *Moore's*, das für die Einführung des PVT die Grundlage bildet. Das Verfahren sieht sich der Schwierigkeit ausgesetzt, dass sich public value schwer als ein darstellbarer Wert verkörpern lässt und es folglich stets auf eine auf den Einzelfall bezogene Abwägung von Umständen ankommt.

Ein vergleichbares theoretisches Modell und ein vergleichbarer Geltungsanspruch liegen dem deutschen Dreistufentest indes nicht zugrunde. Dieser stellt vielmehr ab auf die Frage, ob ein neues oder verändertes Telemedienangebot mit dem durch den Rundfunkstaatsvertrag neu gefassten Auftrag im Einklang steht. Daher ist es unpassend, den Begriff des public value als neu-deutsches Synonym für den Prüfungsgrund des Dreistufentests zu verwenden. Er steht nicht, wie beim PVT, sinnstiftend im Vordergrund, vielmehr ist der Begriff des „Mehrwert“ im Dreistufentestverfahren lediglich ein Aspekt im zur Beantwortung der Prüfungsfrage herangezogenen Spektrum von Abwägungsgegenständen.

Der Dreistufentest hat zum Ziel, den publizistischen Wettbewerb zu schützen und zu stützen und stellt damit vor allem auf inhaltliche, qualitative Aspekte ab, während bei der Ermittlung des public value im Sinne des PVT auch und gerade wirtschaftliche Aspekte und Folgen in den Vordergrund gestellt werden, die beim Dreistufentest

¹⁵² *Eifert/Eilers in Hahn/Vesting*, Rundfunkrecht, § 11 RStV, Rn. 47.

¹⁵³ *Meyer*, 2008, S. 83.

lediglich einen Abwägungsaspekt, jedoch nicht den Schwerpunkt der Betrachtung darstellen. Denn aus Sicht des Dreistufentests ist nur ein Telemedienangebot, das in qualitativer Weise den publizistischen Wettbewerb fördert, vom Auftrag der Rundfunkanstalten umfasst und damit durch Gebühren finanzierungswürdig. Der Dreistufentest gibt damit letztlich Antwort auf eine reine Rechtsfrage.

Schließlich ist der Dreistufentest in seinem Anwendungsgebiet nur auf Telemedienangebote beschränkt, während der PVT grundsätzlich auf alle Angebote der BBC Anwendung findet bzw. finden kann. Auch hierin wird die unterschiedliche systematische Ausrichtung der beiden Verfahren deutlich. Der PVT befasst sich mit der Integration und Legitimation der publizistisch mächtigen und wirkungsvollen Anstalt BBC in die und in der Gesellschaft und der Fortentwicklung ihres Angebots bei einem ganzheitlichen Ansatz, der Dreistufentest wirkt mit beihilferechtlichem Hintergrund als Katalysator zwischen publizistischem Anspruch und wirtschaftlichen Interessen.

b) Der Verfahrensverlauf im Dreistufentest

Die EU-Kommission hat bei der Durchführung des gegen Deutschland geführten Beihilfeverfahrens Defizite auch in Bezug auf die Aufsicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks herausgestellt. Deutschland hat sich im Rahmen des zur Einstellung des Verfahrens führenden Kompromisses auch verpflichtet, Änderungen der bis dahin bestehenden Ausgestaltung der Rundfunkaufsicht vorzunehmen.

Das neu umzusetzende Genehmigungsverfahren stellt das binnenplurale Aufsichtssystem vor neue Herausforderungen, bei denen zu klären war und ist, wie sie innerhalb der Anstalten umgesetzt werden können.¹⁵⁴ Dabei gerät vor dem beihilferechtlichen und damit primär ökonomischen Entstehungshintergrund des Dreistufentests¹⁵⁵ scheinbar in Vergessenheit, dass die deutsche Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG die Grundlage für in diesem Zusammenhang zu lösende Probleme der Rundfunkordnung darstellen sollte.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Hahn, S. 209.

¹⁵⁵ Dörr, Media Perspektiven 7/2005, 333.

¹⁵⁶ Klaes, ZUM 2009, 135, 136.

Inhaltlich geht es in der nach Inkrafttreten des Dreistufentests weiter geführten medienpolitischen Debatte vor allem um die umstrittene „richtige“ Anwendung der neuen Regelungen durch die Rundfunkräte, um Verfahrensfragen und um den Stellenwert des Aspekts der marktlichen Auswirkungen neuer Telemedienangebote, die gemäß § 11f Abs. 4 RStV auf der zweiten Stufe des Tests Berücksichtigung finden müssen. Die Auseinandersetzung, welche gebührenfinanzierten Telemedienangebote öffentlich-rechtlicher Rundfunk im Internet anbieten darf, verlagert sich also weitgehend auf die Ebene der Rechtsanwendung, auf Fragen der Auslegung und Anwendung der Kriterien des Dreistufentests.¹⁵⁷

Das Verfahren des Dreistufentests läuft dabei grob in folgenden Schritten ab:

Der Intendant der Rundfunkanstalt legt dem zuständigen Rundfunkrat eine Beschreibung des zu prüfenden Angebots (Telemedienkonzept) vor. Der Rundfunkrat veröffentlicht die Beschreibung und holt zusätzliche Informationen ein. Hierzu gehören die Stellungnahmen Dritter und gegebenenfalls Expertisen zu bestimmten Aspekten. In jedem Fall jedoch ist ein unabhängiges Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen des geplanten Telemedienangebots in Auftrag zu geben. Alle gesammelten Informationen und Stellungnahmen werden in der Beratungsphase erwogen. Im Fall von ARD-Gemeinschaftsangeboten gibt die Gremienvorsitzendenkonferenz eine Empfehlung ab und der ARD-Programmbeirat nimmt Stellung. Bei Gemeinschaftsprojekten zwischen ARD und ZDF gibt auch der Fernsehrat des ZDF eine Stellungnahme ab. Der Intendant erhält sodann Gelegenheit, die eingegangenen Stellungnahmen Dritter, sowie die Gutachten zu kommentieren. Schließlich fällt der Rundfunkrat in Abwägung aller eingegangenen Informationen und Stellungnahmen einen Beschluss und veröffentlicht diesen mit einer ausführlichen Begründung. Der

¹⁵⁷ *Wimmer*, AfP 2009, 321.

Intendant sendet das endgültige Telemedienangebot an die zuständige Rechtsaufsicht.¹⁵⁸

Die Rundfunkanstalten gingen bei der Abfassung ihrer Telemedienangebote in den bisherigen Testverfahren unterschiedlich vor. In den meisten Fällen wurden für das Onlineangebot, sowie für den Video-text-Dienst der Rundfunkanstalt getrennte Konzepte vorgelegt, für die dann entsprechend auch getrennte Gutachten erstellt wurden.¹⁵⁹ In anderen Fällen wurden beide Bereiche in einem Telemedienkonzept behandelt und entsprechend zusammengefasst in den Gutachten bearbeitet.¹⁶⁰ Für die Gemeinschaftsangebote der ARD, sowie für die in Kooperation mit dem ZDF erstellten Telemedienkonzepte wurden jeweils eigene Beschreibungen vorgelegt und Gutachten in Auftrag gegeben. Obwohl diese keine Telemedien darstellen, wurden auch zu den nur über das Internet verbreiteten Radioprogrammen¹⁶¹ Verfahren durchgeführt und entsprechende Gutachten vorgelegt. Das ZDF wiederum präsentierte sein gesamtes Telemedienangebot in einem einzigen Telemedienkonzept, es wurde lediglich ein gemeinsames Gutachten für die ZDF-Angebote erstellt.¹⁶²

aa) Prüfungsfrage

§ 11f Abs. 4 Satz 1 RStV bestimmt, dass, soweit ein neues oder verändertes Angebot geplant ist, die Rundfunkanstalt gegenüber ihrem zuständigen Gremium darzulegen hat, dass die geplante oder veränderte Telemediendarbietung vom Auftrag der Rundfunkanstalt umfasst ist. Gemäß § 11f Abs. 4 RStV hat die Rundfunkanstalt in Form des vorzulegenden Telemedienkonzepts Aussagen zum Angebot darüber zu treffen, (1.) in wie weit es den „demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft“ entspricht, (2.) in welchem Umfang in qualitativer Hinsicht zum publizistischen

¹⁵⁸ Woldt, Media Perspektiven 2/2011, S. 66, 67.

¹⁵⁹ Z.B. MDR, Radio Bremen, RBB, WDR, KI.KA.

¹⁶⁰ Z.B. BR, NDR.

¹⁶¹ Z.B. Radio Bremen-Webchannel, SR-Webchannel, MDR-Webchannel.

¹⁶² Woldt, Media Perspektiven 2/2011, S. 66, 67.

Wettbewerb beigetragen wird und (3.) welcher finanzielle Aufwand erforderlich ist.¹⁶³

bb) Entscheidungsgremium

Die Entscheidung über die Zulässigkeit des Angebots obliegt dem Rundfunkrat.

Der verfassungsrechtlichen Idee nach sind Mitglieder des Rundfunkrats Repräsentanten der Allgemeinheit, wobei es dem System hilft, dass sie unterschiedliche Perspektiven aus ihren jeweiligen Entsendungsinstitutionen mitbringen und auch in gewissen Grenzen diesen gegenüber für ihr Handeln im Rat rechenschaftspflichtig sind.¹⁶⁴ Der Rundfunkrat ist nach den Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrages mit Vertretern „gesellschaftlich relevanter Gruppen“ besetzt. Ihnen obliegt in unabhängiger und von Weisungen des Intendanten gänzlich freier, ehrenamtlicher Tätigkeit die Aufsicht über die jeweilige Rundfunkanstalt.¹⁶⁵ Der Rundfunkrat ist der Ort, an dem die öffentlich-rechtliche Anstalt an die als divergierend und nicht einheitlich gedachten bedeutsamen Gruppen der Gesellschaft rückgekoppelt wird.¹⁶⁶ Er erfüllt diese Aufgabe regelmäßig in einer den Intendanten beratenden Funktion und übt gegebenenfalls für Gesendetes eine ex-post-Kontrolle aus.¹⁶⁷ Die Logik des öffentlich-rechtlichen Aufsichtsregimes liegt im Kern darin, staatsfrei, aber zugleich durchlässig für das Selbstverständnis politischer Gruppen und bedeutsamer gesellschaftlicher Interessen zu sein, der anstaltsinternen Programmplanung einen Rahmen zu geben, etwa im Hinblick auf die Variationsbreite von Themen oder die Relevanz von Themen und Formaten.¹⁶⁸

Im Rahmen des Dreistufentests kommt dem Rundfunkrat allerdings eine deutlich weitergehende Aufgabe zu.

¹⁶³ Lewke, K&R 2010, 782, 783.

¹⁶⁴ Schulz, Kurzstudie 2008, S. 22; ferner BVerfGE 12, 205, 262f; 73, 118, 153f.; 83, 238, 332ff.

¹⁶⁵ Lewke, K&R 2010, 782, 783.

¹⁶⁶ Vesting in BLM-Schriftenreihe Band 99, S. 17, 31.

¹⁶⁷ Peters, Öffentlich-rechtliche Onlineangebote, 2010, Rn. 373.

¹⁶⁸ Vesting in BLM-Schriftenreihe Band 99, S. 17, 46.

Der Dreistufentest stellt sich ähnlich wie die Zulassung des privaten Rundfunks als vorweggenommene Aufsicht dar¹⁶⁹, durch die aber die Qualitätssteuerung laufender (Telemedien-)Programme nicht ersetzt wird.¹⁷⁰ Der Dreistufentest stärkt insoweit die Gremienkontrolle und damit die Rolle des Rundfunkrates insgesamt.¹⁷¹

Somit findet de facto die von der Europäischen Kommission geforderte unabhängige Kontrolle statt. Durch die Beauftragung des Rundfunkrates mit der Durchführung des Dreistufentests ist zugleich sichergestellt, dass die nach deutschem Rundfunkverfassungsrecht gebotene Staatsferne gewahrt bleibt.¹⁷²

Die Entscheidung des Rundfunkrates beinhaltet die Feststellung, dass in dem Tele-medienkonzept hinreichende Aussagen zu den genannten drei Stufen enthalten sind, dass keine wesentlichen Gründe gegen die Verbreitung sprechen und dass keine sonstigen Vorschriften des Dreistufentestverfahrens verletzt sind.¹⁷³

§ 11e Abs. 2 Satz 2 RStV bestimmt, dass die von den Rundfunkanstalten zu erlassenden Verfahrensregeln Vorkehrungen zur Sicherung der Unabhängigkeit der Gremien treffen müssen. Mit Ziff. 2 Abs. 14 der ARD-Verfahrensrichtlinien erfolgt die Umsetzung dieser Vorgaben im Bereich der ARD und ihrer Mitgliedsanstalten. Danach sind die Gremien mit den erforderlichen personellen und finanziellen Ressourcen auszustatten. Bei der jährlichen Etatplanung ist sicherzustellen, dass die Rundfunkräte über eigene, getrennt ausgewiesene Haushaltsmittel für die Personal- und Sachkosten zur Durchführung weiterer Genehmigungsverfahren verfügen. Ferner legen die Verfahrensregeln fest, dass die Vorsitzenden der Rundfunkräte das fachliche Weisungsrecht gegenüber ihren Mitarbeitern ausüben.

¹⁶⁹ vgl. auch BVerfG 83, 238, 318f.: das BVerfG sieht Meinungsvielfalt als sachgerechtes Auswahlkriterium für die Zulassung privater Rundfunkbewerber an.

¹⁷⁰ Schulz, Kurzstudie 2008, S. 22.

¹⁷¹ Dörr, epd medien, 34/35/08, 3.

¹⁷² BVerfGE 44, 125, 240 f.; 73, 118, 183; 83, 238, 332; 90, 60, 88.

¹⁷³ Lewke, K&R 2010, 782, 783.

Praktisch treffen die Gremien weitere Vorkehrungen, um ordnungsgemäße Verfahren zu gewährleisten. Die Rundfunkräte bilden Projektgruppen oder Ausschüsse, die ausschließlich mit den Dreistufentests befasst sind. Ferner stellten sie zusätzliche hauptamtliche Mitarbeiter zur fachlichen Betreuung der Verfahren ein. Eine zentrale Begleitung und Koordination der Verfahren erfolgt für die ARD-Anstalten zudem auf der Ebene der Gremienvorsitzendenkonferenz.¹⁷⁴

cc) Verfahrensablauf

Das Dreistufentest-Verfahren wird initiiert durch den Antrag des Intendanten der Rundfunkanstalt an den Rundfunkrat, ein bestimmtes Telemedienangebot zuzulassen. Gemäß der funktionalen Aufgabenteilung innerhalb der Rundfunkanstalt, insbesondere zwischen Rundfunkrat als zuständigem Gremium und dem Intendanten als ausführendem Organ der Rundfunkanstalt, liegt die Programmverantwortung allein beim Intendanten. Nur er entscheidet, was gesendet, bzw. im Internet verbreitet wird, er befindet über die Programmplanung und -gestaltung¹⁷⁵, muss sich jedoch der Zulässigkeit der Umsetzung seiner Programmplanung im Bereich der Telemedien versichern.

In Ausnahmefällen hat der Rundfunkrat die Möglichkeit, die Antragstellung durch den Intendanten seinerseits zu veranlassen, wenn dieser der ihm obliegenden Pflicht zur Antragstellung in einem konkreten Fall der Veranstaltung eines Telemedienangebots nicht nachkommen sollte.

Grundlage des Verfahrens ist die durch den Intendanten vorgelegte Angebotsbeschreibung. Sie bildet den Verfahrensgegenstand. Sie muss daher so hinreichend konkret gefasst sein, dass der Rundfunkrat eine Prüfung anhand der vorgegebenen gesetzlichen Kriterien vornehmen kann.¹⁷⁶ Somit müssen in jeweils hinreichender Konkretisierung die Zielgruppe, d.h. der Rezipientenkreis, der mit dem

¹⁷⁴ Nawrath MMR 2011, 79, 80.

¹⁷⁵ Peters, Öffentlich-rechtliche Onlineangebote, 2010, Rn. 373.

¹⁷⁶ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Teil B 5, Rn. 4.

Angebot angesprochen werden soll¹⁷⁷, der Inhalt, d.h. z.B. ob es sich um informative, unterhaltende oder kulturelle Inhalte handelt¹⁷⁸, die Ausrichtung, die naturgemäß eng mit der Inhaltsbeschreibung verknüpft ist¹⁷⁹ und die Verweildauer des geplanten Angebots, insbesondere die Obergrenze der zeitlichen Verfügbarkeit¹⁸⁰ näher beschrieben werden, ferner muss die Angebotsbeschreibung die Nachprüfung des Finanzbedarfs durch die KEF ermöglichen. Dafür ist eine Differenzierung zwischen einzelnen Teilangeboten vorzunehmen sowie die einzelnen Kostenfaktoren transparent zu machen, z.B. Personal-, Rechte-, Produktionskosten oder die Kosten der technischen Infrastruktur und den Betrieb der technischen Systeme.¹⁸¹

Ist dem Rundfunkrat die Angebotsbeschreibung des Intendanten zugegangen, hat er gemäß § 11f Abs. 5 und Abs. 6 RStV nach den anstaltsinternen Satzungen, bzw. Richtlinien gemäß § 11e Abs. 1 RStV über die Einleitung des Genehmigungsverfahrens zu entscheiden.

Beschließt der Rundfunkrat, das Genehmigungsverfahren zu eröffnen, hat er in Abstimmung mit dem Intendanten einen Ablaufplan zu erstellen. Meist wird eine Frist von sechs Monaten für den Dreistufentest vom Eröffnungsbeschluss bis zur Entscheidung des Rundfunkrats vorgesehen.¹⁸²

Das Verfahren hat zu beginnen mit der Gelegenheit für Dritte zur Stellungnahme. Dazu soll das Angebot durch das zuständige Gremium in geeigneter Weise, insbesondere im Internet zugänglich gemacht werden. Für die Stellungnahme besteht eine (Mindest-) Frist von sechs Wochen nach der Veröffentlichung des Vorhabens. Die eingegangenen Stellungnahmen sind durch den Rundfunkrat zu prüfen, ferner kann er zur Entscheidungsfindung gutachterliche

¹⁷⁷ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Teil B 5, Rn. 6.

¹⁷⁸ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Teil B 5, Rn. 8.

¹⁷⁹ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Teil B 5, Rn. 9.

¹⁸⁰ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Teil B 5, Rn. 10.

¹⁸¹ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Teil B 5, Rn. 12.

¹⁸² So z.B. in den NDR-Programmrichtlinien, Abschnitt D. II. (9); in Nds. MBl. 2009 Nr. 21, S. 497, 500.

Beratung durch unabhängige Sachverständige auf Kosten der jeweiligen Rundfunkanstalt in Auftrag geben. Zu den marktlichen Auswirkungen des geplanten Angebots, die gemäß § 11f Abs. 4 Satz 3 RStV grundsätzlich zu berücksichtigen sind, sieht § 11f Abs. 5 Satz 4 RStV die verpflichtende Hinzuziehung gutachterlicher Beratung vor. Insoweit ist im Rahmen eines jeden Dreistufentests mindestens ein für die betreffende Rundfunkanstalt kostenpflichtiges, unabhängiges Sachverständigengutachten einzuholen. Der Rundfunkrat ist schließlich berechtigt, auch sonstige Erkenntnismöglichkeiten zu nutzen, wie die Befragung Dritter, etwa von Konkurrenten, Verbänden und Wissenschaftlern. Er kann „Hearings“ veranstalten und darf auf Informationen der Anstalt zurückgreifen wie beispielsweise Nutzungsdaten, bzw. Nutzungserhebungen von Telemedien.¹⁸³

Ein wesentlicher Nachteil der gesetzlichen Vorgabe, dass die durch den Gesetzgeber aufgestellten Verfahrenskriterien letztlich durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten selbst zu konkretisieren sind¹⁸⁴, dürfte darin bestehen, dass der Gesetzgeber sich klare materielle Abwägungskriterien für die Beurteilung des Verhältnisses zwischen den zur Rechtfertigung eines öffentlich-rechtlichen Telemedienangebots notwendigen vielfaltsfördernden Effekten, den marktlichen Auswirkungen und den absehbaren Kosten vorzugeben enthält.¹⁸⁵

Die Entscheidung über die Zulassung des gegenständlichen Angebots fällt mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der anwesenden Mitglieder, mindestens aber mit der Mehrheit der gesetzlichen Mitglieder des Rundfunkrats¹⁸⁶. Abschließend ist das Angebot und seine Beschreibung nach Prüfung durch die für die Rechtsaufsicht über die Rundfunkanstalt zuständige Behörde zu veröffentlichen¹⁸⁷. Das Angebot darf (erst) mit Veröffentlichung verbreitet werden.

¹⁸³ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Teil B 5, Rn. 12.

¹⁸⁴ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Teil B 4, Rn. 48.

¹⁸⁵ Wimmer, ZUM 2009, 321, 322.

¹⁸⁶ vgl. § 11f Abs. 6 RStV.

¹⁸⁷ vgl. § 11f Abs. 7 RStV.

c) **Praxisbeispiel „boerse.ard.de“**

Die formalen Anforderungen an das Verfahren eines Dreistufentests finden sich in der praktischen Umsetzung der Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrages wieder. Beim Hessischen Rundfunk wurde unter anderem ein Dreistufentest für das Telemedienangebot „boerse.ard.de“ durchgeführt.

aa) *Vorbereitende Maßnahmen*

Um die Dreistufentests im Sinne der rechtsstaatlich bedingten Verfahrensvorgaben formal einwandfrei umsetzen zu können, mussten die zuständigen Organe, hier der Rundfunkrat des Hessischen Rundfunks, effektiv in die Lage versetzt werden, die entsprechenden Aufgaben zu bewältigen.¹⁸⁸ Die ersten Schritte der Vorbereitungen der Dreistufentests betrafen daher insbesondere die Schaffung einer Arbeitsstruktur, die eine angemessene Beratung durch die Rundfunkräte gewährleisten konnte, denn für die Gremien, deren Mitglieder ehrenamtlich tätig sind, bedeutete der Dreistufentest eine deutliche Aufgabenausweitung mit entsprechend größerer Verantwortung.¹⁸⁹

Im Vorfeld des eigentlichen Tests mussten auch beim Hessischen Rundfunk vorbereitende Maßnahmen getroffen werden: Der Dreistufentestausschuss des Rundfunkrates musste sich konstituieren und grundsätzliche Verfahrensfragen mussten geklärt werden. So musste zum Beispiel beschlossen werden, dass Vertreter der Intendanz oder Redakteure regelmäßig bei den Ausschusssitzungen nicht anwesend sein sollten. Ein juristischer Referent wurde eingestellt, um den Rundfunkrat bei seiner Arbeit zu unterstützen, insbesondere das Protokoll zu führen, während der Diskussion im Ausschuss auftauchende rechtliche Fragen zu beantworten sowie die Entscheidungen vorzubereiten. Der Referent unterstand aus Gründen der geforderten Unabhängigkeit der entscheidenden Kontrollinstanz von

¹⁸⁸ Nawrath, MMR 2011, 79, 80.

¹⁸⁹ Nawrath, MMR 2011, 79, 80.

der Geschäftsleitung allein dem Vorsitzenden des Rundfunkrates und dessen Weisungen.¹⁹⁰

bb) Durchführung des Verfahrens

Durch die Intendanz des Hessischen Rundfunks wurde dem Rundfunkrat das „Telemedienkonzept des gemeinschaftlichen Angebots boerse.ard.de“ vorgelegt. Das 70 Seiten umfassende Werk gliederte sich in eine allgemeine Darstellung des Internetangebotes „ARD-Online“ und umfasste unter anderem die Punkte Medienentwicklung und -wandel sowie eine Analyse der Mediennutzung, eine Bestimmung des kommunikativen Bedürfnisses, sowie die Auftragsrelevanz des kommunikativen Bedürfnisses. Insoweit heißt es in dem Telemedienkonzept des Hessischen Rundfunks:

„Um ihrem verfassungsrechtlichen Auftrag gerecht zu werden, Meinungsbildend zu wirken und die Medienvielfalt nachhaltig zu sichern, müssen die Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf die kommunikativen Bedürfnisse der Menschen im 21. Jahrhundert antworten. Die Angebote müssen also für die Nutzer in allen Generationen und Bevölkerungsschichten relevant und von Interesse sein, sie müssen sie in ihrer Lebenswirklichkeit und bei ihren Erwartungen abholen und durch die Breite und Vielfalt der Inhalte die öffentliche Kommunikation nachhaltig bereichern.“¹⁹¹

„Die öffentlich-rechtlichen Angebote haben der Bildung, Information, Beratung und Unterhaltung zu dienen. Beiträge zur Kultur gehören ebenso zum Auftrag wie die Unterhaltung, die ebenfalls einem öffentlich-rechtlichen Angebotsprofil entsprechen soll.“¹⁹²

„Für die im elektronischen Portal ARD-Online zusammengefassten ARD-Angebote und die zusammen mit dem ZDF veranstalteten kooperierten Angebote (kika.de, phoenix.de, 3sat.de) lässt sich feststellen, dass sie durch eine einzigartige Themenvielfalt und durch die besondere journalistische Qualität der Inhalte zur freien indivi-

¹⁹⁰ Lewke, K&R 2010, 782, 783.

¹⁹¹ S. 21 des Telemedienkonzepts boerse.ard.de.

¹⁹² S. 22 des Telemedienkonzepts boerse.ard.de.

duellen und öffentlichen Meinungsbildung beitragen. Dabei stützen sich die Angebote auf die renommierten Programmmarken der ARD. Kein anderes Angebot im deutschsprachigen Raum vernetzt bundesweit überregionale und regionale Inhalte von solcher Themenbreite und Tiefe, keine andere Mediathek leistet dies im Hinblick auf Abrufinhalte aus beiden Medien, Hörfunk und Fernsehen.“¹⁹³

Es folgen Darstellungen über das Verweildauerkonzept, die Zuschauer-, Hörer- und Nutzerbindung, sowie ein Ausblick auf die zukünftige Entwicklung. Mit Blick speziell auf das Telemedienangebot „boerse.ard.de“ wird schließlich wiederum anhand eines bestimmten kommunikativen Bedürfnisses und einer detaillierten Angebotsbeschreibung, die Aussagen enthält zur publizistischen Wettbewerbssituation und eine Bestimmung des publizistischen Beitrags der Standpunkt begründet, dass das Telemedienangebot Bestandteil des Auftrags des Hessischen Rundfunks, bzw. der ARD als Ganzes ist. Insoweit heißt es in dem Telemedienkonzept:

„Indem es [das Telemedienangebot] im Internet redaktionell verantwortete, von jeglichen Interessen Dritter unabhängige Inhalte zum verbraucherrelevanten Börsen-, Finanz- und Wirtschaftsgeschehen zur Verfügung stellt, dient es den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft. Wegen seiner Unabhängigkeit und kritischen Objektivität kommt dem Angebot besondere Bedeutung für die Bürger zu, die sich in der aktuellen, von der Finanz- und Wirtschaftskrise geprägten Zeit noch erhöht.“¹⁹⁴

„boerse.ard.de erstellt journalistisch verantwortet ein breites Wirtschafts- und Börsenangebot und integriert dabei auch Fernseh- und Hörfunkbeiträge zu diesem Themenbereich. Die Angebote aus dem Bereich der klassischen Medien Fernsehen und Hörfunk werden textbasiert und multimedial ergänzt. Damit erschließt sich den Internetnutzern ein hochwertiges und neutrales Angebot, das Verlässlichkeit, Seriosität und Aktualität garantiert. Durch seine Werbefreiheit und journalistische Unabhängigkeit leistet das Ange-

¹⁹³ S. 23 des Telemedienkonzepts boerse.ard.de.

¹⁹⁴ S. 46 des Telemedienkonzepts boerse.ard.de.

bot einen bedeutenden Beitrag zur freien, individuellen und öffentlichen Meinungsbildung.“¹⁹⁵

Zur konkreten Angebotsbeschreibung heißt es unter anderem:

*„Schwerpunkt der Berichterstattung ist der deutsche Aktienmarkt. Wichtige Unternehmensnachrichten und Kursbewegungen an den wichtigen weltweiten Finanzplätzen werden ebenfalls abgedeckt. Ziel ist es, neben der kritischen Betrachtung der Geschäftszahlen diese für den Leser transparent zu machen und in einen größeren Zusammenhang zu stellen. Ergänzend untersucht die Redaktion verschiedene Möglichkeiten der Geldanlage, erklärt diese möglichst allgemein verständlich jenseits der „Finanzsprache“ und vertieft besonders interessante und brisante Themen in Specials. Auf externe Angebote wird nur auf Grund redaktioneller Veranlassung hin verlinkt. Neben der aktuellen Berichterstattung rückt boerse.ard.de erklärungsbedürftige Themen rund um Geldanlage und Altersvorsorge in den Mittelpunkt. Auf diesen im finanzjournalistisch oft sehr werbegetriebenen Themengebieten garantiert die von kommerziellen Interessen unabhängige Berichterstattung von boerse.ard.de eine kritische und objektive Betrachtung der hochkomplexen Vorgänge an den Finanzmärkten und ermöglicht so eine freie und unbeeinflusste Meinungsbildung.“*¹⁹⁶

„Aufgabe von boerse.ard.de ist es, das gesamte Spektrum der Börsen- und Finanzberichterstattung abzudecken und dieses dem Nutzer aktuell und mediengerecht aufzubereiten und mit Inhalten aus der ARD zu verknüpfen. Boerse.ard.de ist ein journalistisch-redaktionell gestaltetes Angebot mit selbst erstellten Nachrichten, Beiträgen, Reportagen und Hintergründen. Zudem bietet boerse.ard.de Sendungen, Videos und Audios zu Sendungen und Themen (zum Beispiel Langfassungen von Interviews). Dazu nutzt boerse.ard.de alle gängigen und vom Nutzer erwarteten weitestgehend barrierefreien Darstellungsformen – also Text, Foto, Galerien, Grafiken, Animatio-

¹⁹⁵ S. 48 des Telemedienkonzepts boerse.ard.de.

¹⁹⁶ S. 51 des Telemedienkonzepts boerse.ard.de.

nen, Ticker, Audios und Videos.“¹⁹⁷ „Als unabdingbaren Service eines journalistischen Börsenangebotes bietet boerse.ard.de eine Kursversorgung und ein sogenanntes Musterdepot. Nutzer können die Kurse aller deutschen und der wichtigsten internationalen Aktien abrufen und in einem persönlichen virtuellen Depot beobachten. Ein realer Handel von Wertpapieren kann über das Angebot von boerse.ard.de nicht stattfinden.“¹⁹⁸

cc) Entscheidung

Durch Beschluss vom 2. Juli 2010 genehmigte der Rundfunkrat das Telemedienkonzept „boerse.ard.de“ in der vorgelegten Fassung. Er stützte sich dabei u.a. auf die vorzitierten Aussagen des Telemedienkonzepts, die unter den Gesichtspunkten des § 11 f Abs. 4 RStV als genügend gewertet wurden, sowie auf die Bewertung der eingegangenen Stellungnahmen, des eingeholten Gutachtens, der Beschlussempfehlungen der Gremienvorsitzendenkonferenz, sowie der Stellungnahme des Programmbeirats der ARD.

Es wurde darauf hingewiesen, dass vormalige Bedenken des Rundfunkrates, die sich im Verlauf des Verfahrens in Hinsicht auf die Zulässigkeit des von dem Telemedienkonzept vorgesehenen Angebots bestanden haben, weitestgehend durch erläuternde Auskünfte und Zusagen des Intendanten ausgeräumt werden konnten. Vor diesem Hintergrund traf der Rundfunkrat des Hessischen Rundfunks unter anderem die Feststellung, dass Schwerpunkt des besonderen öffentlichen Auftrags von „boerse.ard.de“, der den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht, ein sich vor allem an den Börsenlaien wendendes Angebot, das einen auch börsenkritischen, bildenden und aufklärerischen Charakter auf hohem journalistischen Niveau besitzt, ist.¹⁹⁹ Es finde eine umfassende Berichterstattung zum Themenkomplex Börse statt, ohne dass das Angebot im Gegensatz zu Konkurrenzangeboten konkrete Kaufempfehlungen enthalte. Daher wird auch das Vorliegen eines nach

¹⁹⁷ S. 52 des Telemedienkonzepts boerse.ard.de.

¹⁹⁸ S. 52 des Telemedienkonzepts boerse.ard.de.

¹⁹⁹ S. 9, 22 der Entscheidung zu boerse.ard.de.

der Negativliste unzulässigen nicht sendungsbezogenen Ratgeberangebotes verneint.²⁰⁰

Diesbezüglich bestand Einigkeit im Ausschuss darüber, dass das Angebot des Hessischen Rundfunks insoweit keinen Rat gebe in dem Sinne, dass eine bestimmte Aktie abzustoßen oder zu halten sei, sondern es sich um aufklärerische und edukative Inhalte handele. Als weiteres Qualitätsmerkmal wird die Berichterstattung über kleine und mittlere Unternehmen betont, für die sich bei den Wettbewerbern zumeist kein Platz finde.²⁰¹ Gegenüber der eher pressenahen Konkurrenz werden ferner die rundfunktypischen Darstellungsformen hoher Qualität positiv bewertet, die bei den Nutzern besondere Glaubwürdigkeit genossen. Zudem habe das pflichtgemäß in Auftrag gegebene Gutachten ergeben, dass die Auswirkungen auf die Konkurrenz als gering anzusehen seien. Nach dem Gutachten bewegten sich die Marktauswirkungen des „boerse.ard.de“-Angebots in einem Rahmen von 0,5 bis 1,7 Millionen Euro. Zudem stellte das Gutachten fest, dass sich dieser Betrag auf eine Vielzahl von Wettbewerbern verteile. Da somit die entstehenden Auswirkungen als gering einzustufen waren, stellt der Ausschuss daher eine insgesamt positive Wirkung des „boerse.ard.de“-Angebots auf den publizistischen Wettbewerb fest.²⁰²

Die Darlegungen im Telemedienkonzept zu den Kosten des Angebots fand der Ausschuss präzisierungsbedürftig. Er hat daher eine Bitte um Präzisierung an den Intendanten gerichtet, die dieser detailliert beantwortete. Der Rundfunkrat hielt schließlich eine Begrenzung der Kostenhöhe dahin für angemessen, dass bei Kostensteigerungen von über 10% eine erneute Prüfung des Rundfunkrates erfolgen werde, ob ein einem neuen Dreistufentest zu unterziehendes „neues oder verändertes Angebot“ vorliege.²⁰³ In einzelnen Punkten wurden Widersprüche zum Rundfunkstaatsvertrag festgestellt. So ergab sich bei den Gesprächen mit den Redakteuren, dass im Ange-

²⁰⁰ S. 14 der Entscheidung zu boerse.ard.de.

²⁰¹ S. 22 der Entscheidung zu boerse.ard.de.

²⁰² S. 26 der Entscheidung zu boerse.ard.de.

²⁰³ S. 1 der Entscheidung zu boerse.ard.de.

bot Unternehmensporträts enthalten waren, die von der Redaktion ohne nähere Prüfung von Agenturen übernommen wurden. Dies stand im Widerspruch zum Gebot der journalistisch-redaktionellen Veranlassung und Gestaltung gemäß § 11d Abs. 1 RStV. Der Intendant sagte daraufhin zu, dass zukünftig nur noch von den Redaktionen des Hessischen Rundfunks selbst erstellte Unternehmensporträts angeboten werden dürften. Insofern bezogen sich hier die Bedenken aber nicht auf das Telemedienkonzept, sondern auf das projektierte Angebot selbst.

Ein Beispiel für ein Angebotselement, das eine Änderung des Telemedienkonzepts erforderlich machte, war der projektierte „Renditerechner“. Hier war nicht auszuschließen, dass ein unzulässiges Berechnungsprogramm im Sinne von Ziff. 3 der Negativliste im Anhang nach § 11d Abs. 5 Satz 4 RStV vorlag. Nach der Literatur sollen den in der Ziff. 3 der Negativliste genannten Preis- und Versicherungsrechnern „vom Wesen her“ vergleichbare Programme ebenfalls unzulässig sein.²⁰⁴ Betrachtete man den Ertrag quasi als Kehrseite der Kosten, so ließ sich ein vom Wesen her vergleichbares Programm annehmen.²⁰⁵ Das „Musterdepot“ hingegen unterfiel nach Auffassung des Ausschusses nicht dem Verbot der Berechnungsprogramme. Zwar enthielt es einfache Additionsfunktionen, man war aber der Auffassung, dass ein „Berechnungsprogramm“ jedenfalls einen komplexeren Berechnungsvorgang als eine simple Addition ermöglichen müsste. Zweifel regten sich auch bezüglich der vom Telemedienkonzept „punktuell und dosiert“ vorgesehenen interaktiven Elemente. Der Ausschuss befand diese Formulierung zu pauschal und forderte eine Präzisierung. Diese erfolgte mittels eines Schreibens des Intendanten. Der Ausschuss fand dies akzeptabel und nahm die präzisierenden Zusagen in seine Entscheidung auf. Ansonsten blieben die Bedenken des Gremiums hinsichtlich der Konkretheit des Angebotskonzeptes die Ausnahme.²⁰⁶

²⁰⁴ Peters, Öffentlich-rechtliche Onlineangebote 2010, S. 73.

²⁰⁵ Lewke, K&R 2010, 782, 784.

²⁰⁶ Lewke, K&R 2010, 782, 784.

2. Kapitel Überprüfung des Dreistufentests durch die Rechtsaufsicht

A. Die Rolle der Rundfunkaufsicht im Dreistufentestverfahren

I. Rundfunkverfassungsrecht und europäisches Rechtsverständnis im Spannungsverhältnis

Die europäische Kommission kam im Rahmen der durch sie zu entscheidenden Beschwerden gegen das System der deutschen Rundfunkfinanzierung unter den Gesichtspunkten des europäischen Beihilfenrechts zu der Auffassung, dass die Auftragsdefinition für digitale Zusatzkanäle und neue Teledienste nicht ausreichend präzise sei. Zudem war die Kommission der Meinung, dass keine angemessene Beauftragung im Hinblick auf neue Teledienste und die digitalen Zusatzkanäle bestehe. Schließlich kam die Kommission zu der Erkenntnis, dass die anstaltsinternen Kontrollorgane allein die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht wirksam überwachen können.

Sie war der Ansicht, dass der Umstand, dass sich der Rundfunkrat, wenn er einerseits Programmleitlinien aufstellt und den Intendanten in Programmfragen berät und andererseits verantwortlich dafür ist, die Befolgung eben dieser Vorschriften zugleich zu überwachen, zu Interessenskonflikten führen könne. Die Kommission maß deshalb der externen Kontrolle durch die Länder eine besondere Bedeutung zu.²⁰⁷

Zugleich ergab sich aus dem Beihilfeverfahren, dass die Europäische Kommission die bisherige Ausgestaltung der Aufsicht über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk bei der Veranstaltung von Telemedien für nicht hinreichend effektiv hielt und die Auffassung vertrat, die anstaltsinternen Kontrollorgane allein könnten die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht wirksam überwachen. Daher wurde im Endeffekt mehr staatliche Kontrolle verlangt mit dem Ziel

²⁰⁷ Hahn, S. 204.

einer effizienten Aufsicht nicht nur durch, sondern auch über die internen Aufsichtsgremien.²⁰⁸ Die gesetzlichen Regelungen spiegeln diese Ausgangslage wieder.

Der Dreistufentest befasst sich mit der Fragestellung, ob das Angebot durch den öffentlichen Auftrag gedeckt ist, mithin letztlich mit der Frage, ob das Angebot im Internet verbreitet werden darf oder nicht. Dies ist eine Frage, die nach deutschem Verfassungsverständnis grundsätzlich in die Hoheit der Rundfunkanstalt im Rahmen ihrer Programmfreiheit fällt.²⁰⁹ Gemäß § 11f Abs. 6 Satz 4 RStV endet das eigentliche Dreistufentestverfahren mit der obligaten Veröffentlichung des Prüfungsergebnisses einschließlich der eingeholten Gutachten durch den Rundfunkrat. Der Rundfunkrat trifft zu der Frage der Konformität des vorgelegten Angebots mit dem öffentlichen Auftrag eine inhaltlich abschließende Entscheidung im Rahmen der ihm zugewiesenen Zuständigkeit.

§ 11f Abs. 7 RStV bestimmt allerdings, dass vor dieser Veröffentlichung alle für eine rechtsaufsichtliche Prüfung notwendigen Auskünfte an die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde zu erteilen und Unterlagen zu übermitteln sind. Nach Abschluss des Verfahrens nach Absatz 5 und 6 und nach Prüfung durch die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde ist die Beschreibung des neuen oder veränderten Angebots in den amtlichen Verkündungsblättern der betroffenen Länder zu veröffentlichen, so der Wortlaut des § 11f Abs. 7 Satz 2 RStV.

Die Entscheidung, durch § 11f Abs. 7 RStV die finale Verfahrenshandlung im Dreistufentestverfahren der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde, also einer staatlichen Stelle, zur obligatorischen Prüfung zu überantworten, wirft indes Fragen auf, die die Basis des in Deutschland ausgeprägten verfassungsrechtlichen Rundfunkverständnisses berühren.

²⁰⁸ Hahn, S. 206.

²⁰⁹ BVerfGE 119, 181ff.

II. Rundfunkaufsicht im verfassungsrechtlichen Kontext

1. Aufsicht über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Gestalt von Selbstverwaltungskörperschaften

Eine staatliche Aufsicht über den Rundfunk ist durch die Verfassung nicht ausgeschlossen.²¹⁰

Im Rundfunkverfassungsrecht wird die Rechtsfigur der objektiv-rechtlichen Grundrechtsdimension verfeinert und als Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren konkretisiert. Danach ist der Gesetzgeber verpflichtet, die Rundfunkfreiheit durch ein Organisationsgesetz zu realisieren und dem Rundfunk eine positive Ordnung zu geben, die auf Verwirklichung und Aufrechterhaltung von Programmviefalt angelegt ist. In diesem Kontext ruhen auch die zentralen verfassungsrechtlichen Anforderungen, die mit Blick auf die gesellschaftliche Kontrolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks formuliert worden sind.²¹¹

Die staatliche Aufsicht rechtfertigt sich aus der Überlegung, dass die staatliche Exekutive für die rechtmäßige Erfüllung staatlicher Aufgaben verantwortlich ist, unabhängig davon, ob die Aufgabe durch staatliche Behörden oder durch juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltungsbefugnissen erfüllt werden.²¹²

In Art. 28 Abs. 2 GG zum Beispiel statuiert das Grundgesetz die Selbstverwaltungsgarantie für die Gemeinden. Diese beinhaltet für Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft eine universelle Alleinzuständigkeit der Gemeinde.²¹³ Es ist anerkannter Maßen eine zulässige Beeinträchtigung dieser Universalität, wenn der Staat eine Rechtsaufsicht führt, nicht aber eine Fachaufsicht.²¹⁴ Diese wird im Rahmen der Befugnis und Pflicht des Gesetzgebers zur Schaffung eines Organisationsrahmens etabliert. Eine Rechtsaufsicht ist Recht-

²¹⁰ BVerfGE 12, 205, 261; 57, 295, 326.

²¹¹ *Vesting*, in BLM Schriftenreihe, Band 99, S.17, 29.

²¹² *Dörr*, Deutsche Welle, S. 16.

²¹³ *Jarass/Pieroth*, Art. 28 GG, Rn. 12.

²¹⁴ *Jarass/Pieroth*, Art. 28 GG, Rn. 26.

mäßigkeitskontrolle, um das für die Selbstverwaltung wesensbestimmende, unabhängige, jedoch fachweisungsfreie Handeln sicherzustellen.²¹⁵

Diese Überlegungen gelten auch und besonders bei öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die vor dem Hintergrund des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG eine Sonderstellung als Selbstverwaltungskörperschaften des öffentlichen Rechts innehaben. Den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist jedoch anders als den Gemeinden eine Aufgabe zugewiesen, die der Staat selbst nicht wahrnehmen darf, die vielmehr von staatlichem Einfluss gerade weitgehend frei gehalten werden muss.²¹⁶

2. Rundfunkfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG als Grundlage der Gestaltung von Aufsichtsstrukturen

a) Wesen der Rundfunkfreiheit

Die Konkretisierung der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist entscheidend durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägt und das Grundverständnis dieses Massenkommunikationsgrundrechts stellt, zusammen mit den weiteren Kommunikationsgrundrechten auch in der aktuellen Frage der Online-Tätigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks den Schlüssel zur Lösung des Grundsatzstreits dar.²¹⁷

Die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist demnach eine der freien, individuellen und öffentlichen Meinungsbildung dienende Freiheit.²¹⁸ Die Rundfunkfreiheit ist schlechthin konstituierend für die freiheitliche, demokratische Grundordnung.²¹⁹ Sie ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinun-

²¹⁵ Dörr, Deutsche Welle, S. 17.

²¹⁶ Rüggeberg, S. 117.

²¹⁷ Gersdorf, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten, S. 27.

²¹⁸ BVerfGE 57, 295, 320; 73, 118, 159f.; 74, 297, 323f.; 83, 238, 322; 87, 181, 197; 90, 60, 87; 95, 220, 236 st. Rspr.

²¹⁹ BVerfGE 77, 65, 74; 107, 299, 329.

gen, der das Lebenselement des freiheitlich demokratischen Staates ist.²²⁰

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist freie Information die Voraussetzung freier Meinungsbildung und die Freiheit des Rundfunks der Presse sind Voraussetzungen für freie Information und damit auch für freie Meinungsbildung. Freie Presse und freier Rundfunk sind zudem Voraussetzung für die freie und ungehinderte Verbreitung von Meinungen und tragen hierdurch wiederum entscheidend zur freien Meinungsbildung und zur freien Bildung einer öffentlichen Meinung bei, sind aber ihrerseits auch auf freien Informationszugang angewiesen.²²¹

Der maßgebliche Schutzzweck aller Garantien des Art. 5 Abs. 1 GG ist damit die Gewährleistung umfassender, freier, individueller und öffentlicher Meinungsbildung.²²² Dem Rundfunk als insoweit unentbehrlichem, modernem Massenkommunikationsmittel kommt hierbei unter den Medien wegen seiner Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft besondere Bedeutung zu.²²³ Der Rundfunk insbesondere ist somit nicht nur Medium der öffentlichen Meinungsbildung, er ist vielmehr auch ein Faktor der öffentlichen Meinungsbildung.²²⁴

Diesem Verständnis der Rundfunkfreiheit würde es nicht gerecht werden, wenn sich das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG in der Abwehr staatlicher Einflussnahme erschöpfte und den Rundfunk im Übrigen den gesellschaftlichen Kräften überließe. Zwar entfaltet das Grundrecht der Rundfunkfreiheit seinen Schutz auch und zuerst gegenüber dem Staat, es bedarf jedoch zugleich einer positiven Ordnung, die sicherstellt, dass der Rundfunk den verfassungsrechtlich vorausgesetzten Dienst leisten kann und leistet.²²⁵ Bei der

²²⁰ BVerfGE 7, 198, 208; 62, 230, 247; 76, 196, 208.

²²¹ BVerfGE 103, 44, 59.

²²² BVerfGE 57, 295, 319; 59, 231, 257; 74, 297, 323; 83, 238, 295; 90, 60, 87.

²²³ BVerfGE 31, 314, 325; 90, 60, 87; 97, 228, 256; 103, 44, 74; 114, 371, 387; 119, 181, 214.

²²⁴ BVerfGE 12, 205, 260; 31, 314, 326; 74, 297, 324; 83, 238, 295; 97, 228, 257.

²²⁵ BVerfGE 57, 295, 319; 73, 118, 152; 107, 299, 332; 114, 371, 386; 119, 181, 214.

Rundfunkfreiheit handelt es sich demnach nicht nur um ein Grundrecht, das seinem Träger zum Zwecke der Persönlichkeitsentfaltung oder Interessenverfolgung eingeräumt ist, sondern um eine institutionelle Freiheit mit objektivierter Gewährfunktion.²²⁶

Diese bisweilen kritisierte Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit²²⁷ gemäß Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG hat sich durchgesetzt und wird hier zugrunde gelegt. Bei einer Reduzierung der Rundfunkfreiheit auf ein bloßes Veranstaltergrundrecht würden die Interessen der Rundfunkteilnehmer unberücksichtigt bleiben. Es bestünde die Gefahr der einseitigen Einflussnahme auf die individuelle und öffentliche Meinungsbildung durch Besitzer von Rundfunksendern und technischen Übertragungswegen. Da die Gesellschaft demgegenüber nicht über Machtmittel verfügt, um die Gewährleistung freier, individueller und öffentlicher Meinungsbildung durchzusetzen, bleibt nur die gesetzliche Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit durch den Staat.²²⁸

b) Träger der Rundfunkfreiheit

Träger des so verstandenen Grundrechts sind alle natürlichen und juristischen Personen, die eigenverantwortlich Rundfunk veranstalten und verbreiten²²⁹, dazu gehören die privatrechtlich organisierten Rundfunkveranstalter ebenso, wie öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.²³⁰ Sie profitieren von der Rundfunkfreiheit als Individualfreiheitsrecht, sind jedoch auch deren objektiv-rechtlichen Charakter unterworfen, womit ihre Tätigkeit den hohen Anforderungen an die Aufgaben des Rundfunks insgesamt gerecht zu werden

²²⁶ BVerfGE 87, 181, 197.

²²⁷ Vgl. bspw. *Gersdorf*, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten, ab S. 26, der insbesondere mit Blick auf die Online-Tätigkeiten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten für eine Rückbesinnung auf den individualrechtlichen Aspekt der Rundfunkfreiheit plädiert; weiterführend: *Schüller* in *Dörr/Kreile/Cole*, S. 95 m.w.N..

²²⁸ *Hahn*, S. 24, 25.

²²⁹ *Jarass/Pieroth*, Art. 5 GG, Rn. 41.

²³⁰ BVerfGE 31, 314, 322; 59, 231, 254.

hat. Letzteren Anforderungen genügen letztlich private und öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter gemeinsam.²³¹

c) **Schutzbereich der Rundfunkfreiheit in Bezug auf aufsichtsrechtliche Strukturen**

aa) Der Grundversorgungsauftrag der Öffentlich-Rechtlichen

Ein wesentlicher Teil der durch die Rundfunkfreiheit geschützten Tätigkeiten stellt damit zugleich eine Tätigkeitsbeschreibung für die öffentlich-rechtlich organisierten Grundrechtsträger dar, durchaus im Sinne eines Anforderungskatalogs. Insbesondere öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten üben ihre Tätigkeit nicht ausschließlich in Wahrnehmung ihrer verfassungsrechtlich gewährten freiheitlichen Privilegien aus, sondern sind zugleich berufen, durch diese Tätigkeit ihrer dienenden Funktion gerecht zu werden.

Im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts kommt dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk ein Grundversorgungsauftrag zu.²³² Die Gewährleistung der Grundversorgung durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk sei in technischer, organisatorischer, personeller und finanzieller Weise sicherzustellen.²³³ Unter Grundversorgung ist die Erfüllung insbesondere dreier Elemente zu verstehen: die Unterhaltung einer Übertragungstechnik, die den Empfang der Sendungen für alle sicherstellt; die inhaltliche Gestaltung der Programme nach Gegenständen und Art der Darbietung, die dem dargelegten Auftrag des Rundfunks nicht nur zum Teil, sondern voll entspricht; die wirksame Sicherung gleichgewichtiger Vielfalt in der Darstellung der bestehenden Meinungsrichtungen durch organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen.²³⁴ Diese Aspekte bilden zugleich den wesentlichen Inhalt der verfassungsrechtlich garantierten Rundfunkfreiheit. Der Begriff der Grundversorgung bezeichnet also keine Mindestversorgung, sondern setzt eine Mehrzahl von Programmen voraus. Die Grundversorgung ist auf die

²³¹ Vgl. BVerfGE 119, 181.

²³² BVerfGE 73, 118 ff.

²³³ BVerfGE 73, 118, 158; 83, 238, 298; 119, 181, 218.

²³⁴ BVerfGE 74, 297, 326.

gesamte Bevölkerung, also auf alle Bevölkerungskreise auszurichten²³⁵, das heißt, auf Massen ebenso wie auf Minderheiten.²³⁶

Im System der dualen Rundfunkordnung²³⁷ besteht eine Bestands- und Entwicklungsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk²³⁸, auch für den durch den Dreistufentest berührten Bereich der Telemedien.²³⁹ Der Grundversorgungsbegriff ist dynamisch zu verstehen.²⁴⁰ Das Bundesverfassungsgericht selbst verwendet in der jüngsten Rundfunkentscheidung den Begriff des „Funktionsauftrags“.²⁴¹ Die Verwendung dieses Begriffes erfolgt vor der bereits früher durch das Verfassungsgericht erkannten Maßgabe, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk auch Programme gestalten dürfe, die nicht zur Grundversorgung gehörten, gleichwohl aber den Funktionen des Rundfunks entsprächen.²⁴² Somit umfasst der Begriff des Funktionsauftrags im Sinne einer weiter reichenden Kategorie den engeren Begriff der Grundversorgung mit.²⁴³

Der Begriff des Funktionsauftrags erscheint auch besser geeignet, auf die Komplexität des Regulierungsfelds in einem sich ständig ändernden Umfeld reagieren zu können. Durch die Verwendung des Funktionsbegriffs wird deutlicher, dass die Verfassung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk kein stabiles, fest umrissenes und für alle Zeiten gleiches Ziel vorgibt.²⁴⁴

bb) Das Gebot der Staatsferne

Die Rundfunkanstalten dienen durch ihre Programmtätigkeit als Medium und Faktor eines öffentlichen Meinungsbildungs- und

²³⁵ BVerfGE 90, 60, 92.

²³⁶ Hahn, S. 29.

²³⁷ BVerfGE 73, 118, 152ff.

²³⁸ BVerfGE 74, 297, 324f; 90, 60, 91; 83, 238, 299; st. Rspr.; *Bethge* in *Sachs* Art. 5 GG, Rn. 105.

²³⁹ Vgl. BVerfGE 119, 181, 218.

²⁴⁰ BVerfGE 83, 238, 299; 119, 181, 218.

²⁴¹ BVerfGE 119, 181, 218.

²⁴² BVerfGE 87, 181, 204.

²⁴³ Hahn, S. 30.

²⁴⁴ Hahn, S. 31.

Kommunikationsprozesses²⁴⁵ und damit der Verwirklichung des Grundrechts der Rundfunkfreiheit, treuhänderisch für alle Teilnehmer an einer demokratischen und im Sinne des Grundgesetzes offenen Gesellschaft.²⁴⁶ Ihre Aufgabenwahrnehmung stellt eine nichtstaatliche Aufgabe dar, die von Staatsferne geprägt ist.²⁴⁷

Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dürfen mithin nicht einem einseitig beherrschenden Einfluss ausgesetzt, gleichsam einer oder wenigen gesellschaftlich relevanten Gruppen, insbesondere staatlichen oder staatstragenden Interessengruppen allein ausgeliefert werden. Sie nehmen daher eine Sonderstellung ein²⁴⁸, denn sie sind organisatorischer Ausdruck grundrechtlicher Freiheit und trotz ihrer Rechtsnatur als juristische Personen des öffentlichen Rechts staatsferne Einrichtungen, die dem grundrechtsgeschützten Lebensbereich der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zuzuordnen sind.²⁴⁹ Die Rundfunkfreiheit bedeutet im Sinne einer Schutzbereichsbestimmung für die Rundfunkveranstalter daher vor allem Staatsferne.²⁵⁰ Dies gilt vor allem für die binnenplural organisierten öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, aber gleichermaßen auch für private Rundfunkunternehmen im Hinblick auf ihre staatlichen Aufsichtsstrukturen.

Der Grundsatz der Staatsferne des Rundfunks wurde durch das Bundesverfassungsgericht bereits in seinem ersten Rundfunkurteil geprägt²⁵¹, bildet heute einen wesentlichen Bestandteil der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und wird stets besonders hervorgehoben.²⁵²

²⁴⁵ BVerfGE 12, 206, 260; 57, 295, 320, st. Rspr.

²⁴⁶ So auch Dörr, Deutsche Welle, S. 22, 23.

²⁴⁷ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Teil B 5, vor § 11 RStV, Rn. 7.

²⁴⁸ Dörr, Deutsche Welle, S. 23, m.w.N.

²⁴⁹ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Teil B 5, Rn. 11; Dörr, Deutsche Welle, S. 24.

²⁵⁰ BVerfGE 57, 295, 320; 31, 314, 329.

²⁵¹ BVerfGE 12, 205, 262.

²⁵² BVerfGE 31, 314, 325; 57, 295, 320; 73, 118, 165, 182; 83, 238, 322, 330; 90, 60, 88; 121, 30, 51.

Die Staatsferne des Rundfunks bedeutet konkret, dass der Staat weder selbst Rundfunkveranstalter sein, noch bestimmenden Einfluss auf das Programm der von ihm unabhängigen Veranstalter gewinnen darf.²⁵³

Der Staat ist zwar von Verfassungswegen verpflichtet, im Rundfunkwesen eine positive Ordnung auszugestalten. Es ist ihm jedoch zugleich untersagt, auf die Veranstaltung des Rundfunks im Einzelnen Einfluss zu nehmen. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG schützt nicht nur vor unmittelbaren Einflüssen auf Auswahl, Inhalt und Gestaltung der Programme, sondern ebenso vor einer Einflussnahme, welche die Programmfreiheit, und sei es nur mittelbar, beeinträchtigen könnte.²⁵⁴

cc) *Der Grundsatz der Subsidiarität in der Rundfunkaufsicht*

Vor diesem Hintergrund genießt die anstaltsinterne Aufsicht durch die unabhängigen Gremien der Rundfunkanstalt Vorrang vor der Wahrnehmung der Aufsicht durch staatliche Stellen.

Den Organen Rundfunkrat und Verwaltungsrat sind Kontrollfunktionen zugewiesen; dem Verwaltungsrat die Überwachung der Geschäftsführung des Intendanten in Bezug auf den technischen und wirtschaftlichen Bereich, dem Rundfunkrat die Programmüberwachung.²⁵⁵ Die Einbindung des Rundfunkrats als zentrale Institution im Rahmen des Dreistufentests ist daher folgerichtig.

Für die Kompetenzverteilung unter den Organen einer Rundfunkanstalt gilt das Prinzip des Binnenpluralismus, also der Repräsentation aller gesellschaftlich relevanten Gruppen.²⁵⁶ Der Rundfunkrat vertritt die Interessen der Allgemeinheit auf dem Gebiet des Rundfunks und überwacht die Einhaltung der Programmgrundsätze.²⁵⁷ Er setzt sich

²⁵³ BVerfGE 12, 205, 262; 83, 238, 330; 90, 60, 88.

²⁵⁴ BVerfGE 73, 118, 182; 121, 30, 52.

²⁵⁵ Hain/Ferreau, K & R 2009, 692, 694.

²⁵⁶ Hain/Ferreau, K & R 2009, 692, 694.

²⁵⁷ Rudolf, ZRP 1977, 213, 216; Fechner, Rn. 176; Herrmann, Rn. 12. Darüber hinaus hat der Rundfunkrat u.a. die Aufgaben, den Intendanten zu wählen, Satzungen zu erlassen, Mitglieder und Vorstände des Verwaltungsrates zu wählen.

zusammen aus Vertretern aller gesellschaftlich relevanten Gruppen²⁵⁸ und ist damit pluralistisch aufgebaut, um seiner Funktion im Einklang mit dem Erfordernis der Staatsferne des Rundfunks gerecht zu werden. Die Zusammensetzung des Rundfunkrates soll und muss einen einseitig beherrschenden Einfluss ausschließen.²⁵⁹ Weil die Zusammensetzung des Kontrollgremiums eine entscheidende Bedingung für die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Grundsätze der Staatsferne darstellt, stellten Fragen über diese in der Vergangenheit und aktuell wiederholt Gegenstand von Auseinandersetzungen dar.²⁶⁰

Der Intendant der Rundfunkanstalt ist je nach einschlägiger Rechtsgrundlage an Weisungen des Rundfunkrates innerhalb dessen aufsichtsrechtlichen Zuständigkeitsbereichs gebunden. Der Intendant und der Rundfunkrat stehen sich zwar als Organe derselben öffentlich-rechtlichen Anstalt gegenüber, jedoch zugleich als unabhängige Funktionsträger mit jeweils eigenen Kompetenzbereichen und selbständigen Entscheidungsbefugnissen.

Die Aufsicht über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk übt entsprechend dem Grundsatz der Subsidiarität der staatlichen Aufsicht zunächst und primär das zuständige Organ der jeweiligen Rundfunkanstalt als anstaltsinternes Kontrollgremium aus.²⁶¹

Dies ist Ausdruck der Selbstverwaltung der Rundfunkanstalten, die in Ausübung des von den Rundfunkanstalten wahrgenommenen Grundrechts der Rundfunkfreiheit, praktiziert wird.²⁶²

Die Rundfunkgesetzgeber sehen in den jeweiligen länderrechtlichen Rechtsgrundlagen eine staatliche Rechtsaufsicht subsidiär zur an-

²⁵⁸ BVerfGE 12, 205, 261; 83, 238, 332.

²⁵⁹ BVerfGE 12, 205, 263; 83, 238, 330.

²⁶⁰ Siehe Zusammenfassung bei *Rudolf*, ZRP 1977, 213, 214, 216; als Beispiel gerichtlicher Befassung mit dieser Frage siehe VG Hamburg, Urteil v. 08.02.1979, Az.: I VG 1481/77; ferner – den ZDF-Verwaltungsrat betreffend – die aktuelle Diskussion um die „Causa Brender“, insoweit *Hain/Ferreau*, K & R 2009, 692f. und „Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung“ vom 22.11.2009, S. 25.

²⁶¹ *Rüggeberg*, S. 112.

²⁶² *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Teil B 5, Rn. 13.

staltsinternen Kontrolle vor²⁶³, die der Wahrung des objektiven Rechts dient und darauf angelegt ist, der beaufsichtigten Anstalt die Grenzen ihrer Freiheitsbetätigung aufzuzeigen.²⁶⁴

Das Prinzip der Subsidiarität bedeutet insoweit, dass die anstaltsinterne Kontrolle Gelegenheit bekommen muss, ihrer Kontrollaufgabe nachzukommen²⁶⁵ und so die vorrangige Kompetenz der anstaltsinternen Kontrollgremien gesichert und insbesondere die Staatsferne des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gewährleistet wird.²⁶⁶

Die staatliche Rechtsaufsicht setzt daher erst ein, wenn die anstaltsinternen Gremien die ihnen obliegenden Aufgaben überhaupt nicht wahrnehmen oder sie zwar wahrnehmen, dabei aber die medienrechtlichen Bestimmungen oder allgemeinen Rechtsvorschriften missachten.²⁶⁷

III. Dreistufentestverfahren und Rundfunkaufsicht im Lichte des Verfassungsrechts

In die Rundfunkfreiheit wird eingegriffen, wenn der Staat Einfluss auf Auswahl, Inhalt und Gestaltung der Programme nimmt, soweit er nicht als Gesetzgeber das Grundrecht ausgestaltet.²⁶⁸ Dies gilt für jeden Einfluss der Exekutive, nicht erst für eine Dominanz der Programmgestaltung.²⁶⁹ Auch die Möglichkeit einer mittelbaren Programmbeeinflussung kann einen Eingriff in den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit darstellen.²⁷⁰

²⁶³ Mit Ausnahme des Hessischen Rundfunks, das Gesetz über den Hessischen Rundfunk schließt in § 1 Abs. 1 Satz 2 eine Rechtsaufsicht explizit aus.

²⁶⁴ Dörr, Deutsche Welle, S. 36.

²⁶⁵ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Teil B 5, vor § 11 RStV, Rn. 37.

²⁶⁶ Dörr, Deutsche Welle, S. 61.

²⁶⁷ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Teil B 5, Rn. 37; Der genaue Umfang der Rechtsaufsicht bestimmt sich im Einzelnen nach den landesrechtlichen Vorgaben bzw. bei den Bundesrundfunkanstalten nach deren gesetzlicher Grundlage.

²⁶⁸ BVerfGE 83, 238, 322ff.

²⁶⁹ BVerfGE 90, 60, 88f.

²⁷⁰ BVerfGE 73, 118, 183.

Im Rahmen des Dreistufentests sieht der Gesetzgeber in § 11f Abs. 7 RStV ein obligatorisches Eintreten der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde vor. Zudem ist mit der Entscheidung über die zulässige Verbreitung eines Telemedienangebots durch eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt unmittelbar eine programmbezogene Frage betroffen.

Von dieser Konstellation sind sowohl Aspekte der Subsidiarität berührt, als auch solche der Staatsferne, da das Tätigwerden der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde für jeden Einzelfall gesetzlich vorgeschrieben ist. Ohne das Eintreten der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde ist das Verfahren des Dreistufentests nicht förmlich abzuschließen. Der durch § 11f Abs. 7 RStV etablierte Verfahrensschritt zum förmlichen Abschluss des Dreistufentestverfahrens, der Wortlaut spricht explizit von einer „rechtsaufsichtlichen Prüfung“ durch „die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde“, ist von den Verfahrensschritten gemäß § 11f Abs. 4 bis 6 RStV zu unterscheiden und vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grundlagen der staatlichen Rechtsaufsicht über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk durchaus problematisch.

Jedoch schließt auch das verfassungsrechtliche Gebot der Staatsferne des Rundfunks eine staatliche Aufsicht neben den anstaltsinternen Kontrollgremien nicht gänzlich aus. Ein allgemeiner Satz, dass nicht-staatliche öffentliche Aufgaben, wenn sie in öffentlich-rechtlicher Form wahrgenommen werden, keiner Rechtsaufsicht unterliegen dürfen, besteht nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht.²⁷¹ Der Gesetzgeber ist daher berechtigt, im Rahmen seiner Organisationskompetenz eine staatliche Rechtsaufsicht für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vorzusehen. Entscheidet er sich für die Einrichtung einer Rechtsaufsicht, bedarf diese wegen ihres Eingriffscharakters jedoch einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung²⁷² und jeweils konkret verfassungskonformer Ausgestaltung. Die Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages im Zusammenhang mit

²⁷¹ So unter Berufung auf *Berendes*, DÖV 1975, 419, *Rudolf*, ZRP 1977, 213, 215; ebenso *Dörr*, Deutsche Welle, S. 26.

²⁷² *Rüggeberg*, S. 113.

dem Dreistufentest sind unter diesen Prämissen einer eingehenden Prüfung zu unterziehen.

1. Verstoß gegen das Staatsfernegebot?

§ 11f Abs. 7 RStV sieht ein Tätigwerden der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde für die abschließende Prüfung in jedem Einzelfall des Verfahrens für den Dreistufentest vor.

Primär soll dagegen stets den anstaltsinternen Kontrollgremien Gelegenheit zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben gegeben werden. Erst wenn danach keine oder eine nur unzureichende Wahrnehmung dieser Aufgaben festzustellen ist, wobei es für das Eintreten der Rechtsaufsicht dieser Feststellung positiv bedarf, ist die Rechtsaufsicht handlungsberechtigt.

Durch die Beschränkung der insoweit vorgesehenen Aufsicht auf eine Rechtsaufsicht soll darüber hinaus eine unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme im Wege staatlicher Einzelmaßnahmen auf den Inhalt von Rundfunkprogrammen verhindert werden.²⁷³ Dieses Vorgehen sichert die Staatsferne des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als wesentliches Element des Grundrechts der Rundfunkfreiheit.

Seit es im Bundesgebiet unabhängigen öffentlich-rechtlichen Rundfunk gibt, waren nur sehr wenige rechtsaufsichtliche Eingriffe staatlicher Behörden in die Rundfunktätigkeit zu verzeichnen. Diese Seltenheit staatlicher Aufsichtsmaßnahmen ist sicherlich der Tatsache zu verdanken, dass die anstaltsinterne Kontrolle durch die Gremien wirksam funktioniert.²⁷⁴ Insofern verdient die Statuierung einer permanenten staatlichen Kontrollwahrnehmung in programmbezogenem Kontext besondere Beachtung vor dem Hintergrund des dargelegten verfassungsrechtlichen Grundverständnisses. So könnte die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde im Rahmen ihrer obligatorischen Prüfung eine Entscheidung über Programminhalt fällen,

²⁷³ Dörr, Deutsche Welle, S. 25.

²⁷⁴ Rüggeberg, S. 110.

die sowohl verfassungsrechtlich, als auch einfachgesetzlich nicht der Rechtsaufsicht zufallen darf.

2. Verstoß gegen den Subsidiaritätsgrundsatz?

Es offenbaren sich zudem Schwierigkeiten hinsichtlich der Wahrung des Grundsatzes der Subsidiarität der staatlichen Rechtsaufsicht.

Geht man davon aus, dass Gefahren einer rechtsaufsichtlichen Kontrolle der Rundfunkanstalten vor allem in den nur selten juristisch exakt gefassten Programmgrundsätzen bestehen, die generalklauselartige Wendungen und Ermessensbegriffe enthalten, hinsichtlich derer eine nachträgliche Prüfung über die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und unterschiedlicher rechtlicher Wertungen zu einem tatsächlichen Einfluss führen kann, der einer Fachaufsicht gleichkommt²⁷⁵, muss diese Gefahr gerade im Zusammenhang mit der Durchführung des Dreistufentests besonders gesehen werden, weil hier zudem der Grundsatz der Subsidiarität staatlicher Rechtsaufsicht durch die obligatorische Überprüfung der Rundfunkratsentscheidung faktisch unbeachtet bleibt.

Die Rechtsaufsicht darf sich nicht zu einer permanenten, gar im Vorfeld einer Programmgestaltung ins Detail gehenden Programmkontrolle entwickeln, sondern ist auf Einzelfälle im Wege der Evidenzkontrolle beschränkt.²⁷⁶ § 11f Abs. 7 RStV weicht von diesen Vorgaben augenscheinlich ab und ist deshalb Gegenstand einer Prüfung unter verfassungsrechtlichen Maßstäben.

3. Lösungsansätze

a) § 11f Abs. 7 RStV als Ausgestaltungsnorm

Kein Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts liegt bei Regelungen vor, durch die das Grundrecht ausgestaltet wird.²⁷⁷ Eine

²⁷⁵ So unter Berufung auf *Wilkens*, Die Aufsicht über den Rundfunk, Diss. Frankfurt 1965, *Rudolf*, ZRP 1977, 213, 215; ebenso *Dörr*, Deutsche Welle, S. 37.

²⁷⁶ *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Teil B 5, vor § 11 RStV, Rn. 36.

²⁷⁷ *Jarass/Pieroth*, Vorb. vor Art. 1 GG, Rn. 34.

Ausgestaltungsnorm muss dabei dem von dem Grundrecht verfolgten Ziel dienen und sich als Akt der Erfüllung eines in dem betreffenden Grundrecht enthaltenen Ausgestaltungsauftrags darstellen.²⁷⁸

Der objektive Gehalt der Rundfunkfreiheit berechtigt und verpflichtet den Staat zur Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit.²⁷⁹ Materielle, organisatorische und Verfahrensregelungen sind erforderlich, die an der Aufgabe der Rundfunkfreiheit orientiert und deshalb geeignet sind, zu bewirken, was Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleisten will.²⁸⁰ Die gesetzlichen Regelungen sollen es dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk ermöglichen, seinen Funktionsauftrag zu erfüllen.²⁸¹ Die Erreichung der Ziele der Rundfunkfreiheit muss durch einfachgesetzliche Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit durch den Gesetzgeber unterstützt werden.²⁸² Regelungen zur Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit können sich für einzelne Grundrechtsträger auch belastend auswirken. Gleichwohl sind sie nicht an Art. 5 Abs. 2 GG zu messen.²⁸³ Fraglich ist daher, ob § 11f Abs. 7 RStV als Ausgestaltungsregelung in diesem Sinne angesehen werden kann. Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage ist, wo der Regelungsschwerpunkt der Norm zu sehen ist.

aa) Intention des Gesetzgebers

Gemäß der Auffassung des Rundfunkgesetzgebers regelt § 11f die Inhaltsbeschreibung, die Berechenbarkeit, die Kriterien, wann ein Angebot als neu oder verändert gilt, die Prüfmaßstäbe, die Stellungnahmen Dritter und die Grundlagen des Verfahrens. Insbesondere trifft demnach § 11f Vorkehrungen zur Sicherung der Unabhängigkeit der Gremienentscheidung in sachlicher und verfahrenstechnischer Hinsicht.²⁸⁴ Der Gesetzgeber weist insoweit darauf hin, dass gemäß Art. 5 Grundgesetz in abstrakter Weise der

²⁷⁸ BVerfGE 74, 297, 334; 97, 228, 267; *Jarass/Pieroth*, Vorb. vor Art. 1 GG, Rn. 35; Art. 5 GG, Rn. 45.

²⁷⁹ BVerfGE 57, 295, 319f.; 73, 118, 158; 74, 297, 324.

²⁸⁰ BVerfGE 57, 295, 320; 73, 118, 153; 83, 238, 296.

²⁸¹ BVerfGE 119, 181, 218.

²⁸² vgl. statt vieler BVerfGE 119, 181, 214 m.w.N..

²⁸³ *Jarass/Pieroth*, Art. 5 GG, Rn. 45.

²⁸⁴ Begründung, S. 20.

Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks festgelegt ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dürfen die Vorgaben nicht so detailgenau sein, dass sie bereits im Voraus die Mittel bestimmen, die zur Finanzierung erforderlich sind. Andererseits stellt die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission fest, dass eine allgemeine Ermächtigung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Erbringung nur unscharf definierter neuer Mediendienste gegen Beihilferecht verstößt.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist Voraussetzung der Übereinstimmung mit europäischem Recht, dass ein klarer Beauftragungsakt an ein Unternehmen vorliegt, mit einer so konkret umrissenen Aufgabenstruktur, die eine genaue Bezeichnung der zu ersetzenden Nettokosten der Auftragserfüllung zulässt, wodurch Überkompensation und damit ungerechtfertigte Wettbewerbsverzerrungen ausgeschlossen werden.²⁸⁵

Der Gesetzgeber bezeichnet den Dreistufentest vor diesem Hintergrund als ein Verfahren zur Konkretisierung des Allgemeinen Telemedienauftrags, das in Übereinstimmung mit beiden Vorgaben stehe.²⁸⁶

Es diene der Ausgestaltung des Gesetzrahmens des Telemedienauftrages, wobei diese Aufgabe den pluralistisch besetzten Rundfunkgremien überlassen ist, und die staatliche Beauftragung auf eine Prüfung der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben beschränkt ist.²⁸⁷ § 11f RStV regelt somit nach der Intention des Gesetzgebers neben der inhaltlichen Komponente Sicherungsinstrumentarien auch unter dem Aspekt von Subsidiarität und Staatsferne und dient der Ausgestaltung des Telemedienauftrags.

bb) Systematische und historische Einordnung

Die systematische Stellung der Regelung im Rundfunkstaatsvertrag als originärer Quelle einfachgesetzlicher Ausgestaltung der Rund-

²⁸⁵ Begründung, S. 20; EuGH, Rs. C-280/00, *Altmark-Trans*, Slg. 2003, I-7810.

²⁸⁶ Begründung, S. 20.

²⁸⁷ Begründung, S. 20.

funkfreiheit, im Regelungskomplex der den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten präzisierenden Vorschriften, ist zunächst ein Indiz für das Vorliegen einer Ausgestaltungsregelung.

Historisch ist zu berücksichtigen, dass die Genese der Vorschrift auf dem EU-Beihilfeverfahren basiert. Die Kommission hat ihre Auffassung deutlich gemacht, dass nach ihrem Verständnis von den europäischen Beihilferegelungen die deutsche Rundfunkgebühr eine verbotene staatliche Beihilfe darstellt, jedenfalls soweit sie zur Finanzierung von Online-Angeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks herangezogen wird. Dadurch war das aktuelle und erprobte System der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und damit die Grundlage für dessen Veranstaltung gefährdet. Vor dem Hintergrund des Stellenwerts, den das BVerfG dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk im dualen System der bestehenden Rundfunkordnung zumisst²⁸⁸, bedeutet dies einen erheblichen Einschnitt in die durch die Rundfunkfreiheit vermittelten auch objektiven Schutzrechtsanteile. Die Sicherung der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch den Gesetzgeber ist Bestandteil der Rundfunkfreiheit.²⁸⁹

b) Beschränkung der Prüfungskompetenz der Rechtsaufsicht

Als Ansatz zur Lösung des Problems eines möglichen Eingriffs in die Rundfunkfreiheit durch Verstoß gegen den die Aufsichtsstruktur prägenden Subsidiaritätsgrundsatz und das Gebot der Staatsferne dient die Beschränkung des Handlungsrahmens der obligatorischen Rechtsaufsicht.

Die staatliche Rechtsaufsicht darf die Kompetenzen der anstaltsinternen Kontrollgremien nicht unterlaufen.²⁹⁰ Die Rechtsaufsicht muss die Grenzen beachten, die sich für ihre Tätigkeit aus der Rundfunkfreiheit ergeben.²⁹¹ Dies wirkt sich sowohl hinsichtlich ihrer

²⁸⁸ BVerfGE 119, 181, 217f.

²⁸⁹ BVerfGE 74, 297, 342; 83, 238, 303; 87, 181, 202.

²⁹⁰ Dörr, Deutsche Welle, S. 59.

²⁹¹ Dörr, Deutsche Welle, S. 38.

Prüfungsbefugnisse aus²⁹², als auch hinsichtlich ihrer Handlungsmittel.²⁹³

aa) Wesensimmanente Beschränkung rechtsaufsichtlicher Kompetenzen

In Abgrenzung zur Fachaufsicht ist die Rechtsaufsicht regelmäßig beschränkt auf Prüfungsaspekte der Gesetzmäßigkeitskontrolle und Maßstäbe der Zweckmäßigkeitskontrolle sind ausgeschlossen.²⁹⁴ Dies gilt insbesondere bei Trägern von Selbstverwaltungsrechten, wie den Rundfunkanstalten als ihrerseits aus verfassungsrechtlicher Sicht besonderen Selbstverwaltungseinheiten, wie beispielsweise Gemeinden.

Die analoge Anwendung kommunalrechtlicher Aufsichtsmittel scheidet jedoch mit Rücksicht auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG aus. Aufgrund der verfassungsrechtlich gebotenen Staatsferne des Rundfunks stehen für die rundfunkrechtliche Rechtsaufsicht Handlungsformen wie Ersatzvornahme und die Ernennung eines Staatskommissars von vornherein nicht zur Verfügung.²⁹⁵ Die Aufsichtsmittel umfassen hier lediglich ein Informationsrecht, das allerdings wiederum durch den Subsidiaritätsgrundsatz begrenzt ist, ein Beratungsrecht, die Beanstandung und die rechtsaufsichtliche Weisung.²⁹⁶

Für die Ausübung der Rechtsaufsicht gilt, je ausfüllungsbedürftiger eine Norm ist, die den Gegenstand der aufsichtsrechtlichen Prüfung darstellt, und je mehr sie sich auf den Programmbereich und damit auf den Kern der Rundfunkfreiheit bezieht, desto weniger ist sie der Anwendung und Auslegung durch staatliche Rechtsaufsichtsbehörden zugänglich.²⁹⁷

²⁹² BVerfGE 12, 205, 261; 57, 295, 326; 73, 118, 153.

²⁹³ *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Teil B 5, Rn. 39; *Dörr*, Deutsche Welle, S. 64; *Rudolf*, ZRP 1977, 213, 215.

²⁹⁴ bereits *Rudolf*, ZRP 1977, 213, 215.

²⁹⁵ *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Teil B 5, Rn. 39; *Dörr*, Deutsche Welle, S. 64; *Rudolf*, ZRP 1977, 213, 215.

²⁹⁶ *Dörr*, Deutsche Welle, S. 64.

²⁹⁷ *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Teil B 5, vor § 11 RStV, Rn. 35; *Rüggeberg*, S. 116, m.w.N.

Von diesem Grundsatz kann auch hier nicht abgewichen werden. Demnach kann die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde im Rahmen ihrer neuen Zuständigkeit inhaltlich nicht mehr dürfen, als wenn sie Rechtsaufsicht herkömmlicher Art ausübt.

bb) Rundfunkrechtliche Beschränkung rechtsaufsichtlicher Kompetenzen

Soweit gemäß dem Wortlaut des § 11f Abs. 7 RStV eine „rechtsaufsichtliche Prüfung“ durchgeführt werden soll, ist diese im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks beschränkt hinsichtlich ihres inhaltlichen Umfangs und ihrer Handlungsmittel. An diesem Maßstab soll sich nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers auch die durch § 11f Abs. 7 RStV vorgegebene Prüfung ausrichten.

Die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde hat sich daher im Rahmen des § 11f Abs. 7 RStV auf die Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Verfahrensbestimmungen zu beschränken²⁹⁸ und auf eine Prüfung, ob das für die materielle Entscheidung über die Entsprechung des Telemedienangebots mit dem Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt zuständige Gremium formal alle ihm zur Kenntnis gelangten Belange im Rahmen seiner Abwägung berücksichtigt hat, soweit es die schriftliche Begründung ersichtlich werden lässt.²⁹⁹ Sie kann dagegen nicht dazu berechtigt sein, ihre eigene Auffassung zur Angemessenheit eines neuen Angebots an die Stelle der Entscheidung des zuständigen Gremiums zu setzen³⁰⁰, denn unbestimmte Rechtsbegriffe in Rundfunkgesetzen bzw. -staatsverträgen, die eine programminhaltliche Wertung voraussetzen, scheiden als Aufsichtsmaßstab aus. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Verfassungsgrundsatz der Staatsferne des Rundfunks.³⁰¹

²⁹⁸ Begründung, S. 23.

²⁹⁹ Wimmer, ZUM 2009, 601, 609.

³⁰⁰ Wimmer, ZUM 2009, 601, 609.

³⁰¹ Rüggeberg, S. 116.

4. **Stellungnahme**

Ob mit oder ohne den Dreistufentest darf öffentlich-rechtlicher Rundfunk nur im Rahmen seines Auftrags tätig werden. Daher darf der öffentlich-rechtliche Rundfunk aufgrund des Dreistufentests grundsätzlich nicht weniger als zuvor. Der Dreistufentest und die Regelung des § 11f Abs. 7 RStV leisten einen Beitrag zur Transparenz bei der Erfüllung des öffentlichen Auftrags und dienen der Schaffung von Rechtsfrieden im Beihilfeverfahren E 3/2005, das die Zulässigkeit der deutschen Rundfunkfinanzierung zum Gegenstand hatte.

Schließlich ist die Intention des Gesetzgebers zu berücksichtigen, einen Ausgleich zu schaffen zwischen verfassungsrechtlichen Vorgaben gleichgewichtiger Vielfalt durch das Gesamtangebot aller Veranstalter in einer dualen Rundfunk- bzw. Medienordnung und dem nach dem Beihilfestreit entworfenen Rechtsrahmen. Digitale Angebote im Netz müssen damit im Rahmen der Autonomie öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten zulässig aber zugleich zur Erfüllung ihres gesetzlichen Auftrags erforderlich sein.

Die gefundene Dreistufentestlösung hat insoweit sowohl inhaltlich, als auch hinsichtlich des eingerichteten Verfahrens eine die Rundfunkfreiheit in ihrem nationalen Verständnis stützende und fördernde Komponente und dient damit ihrer Ausgestaltung.

Versteht man den Dreistufentest zudem als vorgezogene, abschließend vorgenommene Aufsichtsmaßnahme des Rundfunkrats und berücksichtigt man den doppelt beschränkt ausgestalteten Prüfungsumfang, den die Regelung des § 11f Abs. 7 RStV der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde (lediglich) zugesteht, lässt sich der formale Verstoß gegen den Grundsatz der Subsidiarität der Rechtsaufsicht mit dem Argument rechtfertigen, dass im Rahmen des Dreistufentests seitens der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde ein anderer Prüfungsgegenstand untersucht wird, als vom anstaltsinternen Gremium. Die Einhaltung der Verfahrensvorschriften ist für das inhaltlich prüfende Gremium Mittel zum Zweck, auf einem ordnungsgemäßen Weg zu einem materiellen Ergebnis zu

gelangen, während sie für die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde den alleinigen Prüfungsinhalt darstellt.

Folglich wird dessen Prüfungskompetenz hinsichtlich der inhaltlichen Fragen des Dreistufentests nicht durch das verfahrensobligatorische Eintreten der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde beeinträchtigt.

Das durch den Grundsatz der Subsidiarität der staatlichen Aufsicht zu schützende Gut der Staatsferne des Rundfunks ist durch das obligatorische Tätigwerden der Rechtsaufsichtsbehörde im Rahmen des Dreistufentests nicht gefährdet, weil sich bei normgerechter und verfassungskonformer Ausübung der der Rechtsaufsichtsbehörde gesetzlich zugewiesenen Kompetenzen keine Überschneidung der Prüfungsinhalte ergeben, somit der Staat diesen Verfahrensschritt nicht zur Programmbeeinflussung missbrauchen kann. Im Gegenteil wird aus dieser Konstellation offenbar, dass jede über die Prüfung der Einhaltung verfahrensleitender Vorschriften hinausgehende inhaltliche Befassung durch die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde eine missbräuchliche Ausübung der Prüfungskompetenz verwirklichte.

Mit dem gleichen Hinweis auf unterschiedliche Prüfungsgegenstände kann dem verfassungsrechtlich relevanten Einwand begegnet werden, Gegenstand des Verfahrens des Dreistufentests sei die Frage, ob ein neues oder geändertes Telemedienangebot einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt verbreitet werden dürfe und damit unabhängig vom Prüfungsumfang eine Frage mit letztlich jedenfalls mittelbarem Programmbezug, die in unzulässiger Weise in den Zuständigkeitsbereich der staatlichen Aufsichtsbehörde falle, denn erst nach hier erfolgter und erfolgreicher Prüfung und nach Veröffentlichung der Angebotsbeschreibung darf das Angebot verbreitet werden.

Hier wird durch die der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde mögliche Entscheidung hingegen kein Einfluss auf das Programm ermöglicht. Zwar ist eine zeitliche Auswirkung auf ein programmlich relevantes Vorgehen der Rundfunkanstalt denkbar, jedoch ist die

eigentliche Entscheidung über die programmlich relevante Frage der Zulässigkeit eines Telemedienangebots durch den Rundfunkrat abschließend getroffen. Eine zeitliche Beeinträchtigung der Programmtätigkeit beispielsweise ist zwar wegen einer Meinungsverschiedenheit über die Fehlerhaftigkeit des Verfahrens und dadurch bedingter verweigerter Betrauung denkbar. Zeitliche Beeinträchtigungen im Programmablauf aber sind auch durch jedes zivilgerichtliche Urteil, z.B. mit unterlassungsverpflichtendem Inhalt im einstweiligen Verfahren wegen etwaiger Persönlichkeitsrechtsverletzungen denkbar und stellen keine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Grundsatzes der Staatsferne des Rundfunks oder der Programmhoheit, bzw. -freiheit der Rundfunkanstalt dar. Vielmehr gehört dies im Rahmen des Presse- und Äußerungsrechts zum spezifischen Risiko eines jeden Rundfunkveranstalters.³⁰² Ein Anspruch auf eine sofortige Umsetzung programmbezogener Planungen ist von der Rundfunk- und Programmfreiheit nicht umfasst, vielmehr nur die Autonomie hinsichtlich der Grundentscheidung. Die Rundfunkfreiheit verlangt der Rundfunkanstalt zudem ab, dass das Programm in rechtskonformer Weise veranstaltet wird.

Stellt die Rechtsaufsichtsbehörde in ihrem verfassungsgemäß ausgeübten Zuständigkeitsbereich einen Verstoß gegen Verfahrensvorschriften oder formale Bewertungsdefizite fest, liegt es im Interesse der Rundfunkfreiheit, dass entsprechende Defizite behoben werden, bevor der Rundfunkanstalt die Erlaubnis zur Verbreitung eines Telemedienangebots erteilt wird.

Der Dreistufentest hat die Kontrolle der Einhaltung des öffentlichen Auftrags der Rundfunkanstalt zum Gegenstand und dient der Förderung des publizistischen Wettbewerbs, an dem auch die Privaten teilnehmen und ihn im Sinne eines überhaupt stattfindenden Wettbewerbs entscheidend prägen. Die Freiheit in der publizistischen Handlungsweise ist ein Bestandteil der Rundfunkfreiheit³⁰³, sowohl

³⁰² Nur beispielhaft im Fall des ARD-Fernsehfilms „Contergan“, LG Hamburg, einstweilige Verfügungen zu den Az.: 324 O 62/06, 324 O 63/06, 324 O 14/06 und 324 O 15/06.

³⁰³ *Jarass/Pieroth*, Art. 5 GG, Rn. 39.

für die öffentlich-rechtlichen, als auch die privaten Grundrechtsträger.³⁰⁴ Das Verfahren des Dreistufentests dient schließlich dem Ausschluss eines anderen, erheblicheren Nachteils für die Rundfunkfreiheit, nämlich der erzwungenen Erneuerung des Finanzierungssystems aufgrund europarechtlicher Vorgaben.

Es ist daher angemessen, Instrumente zur Kontrolle der durch Gebühren finanzierten Öffentlich-rechtlichen gesetzlich vorzusehen, die im Falle von inhaltlichen Mängeln hinsichtlich der Erfüllung des öffentlichen Auftrags oder Verfahrensdefiziten die Versagung der Verbreitung eines Telemedienangebots sowie im Falle eines inhaltlich und formal fehlerfreien Verfahrens eine gebundene Entscheidung vorsehen, um so ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Teilnehmern am publizistischen Wettbewerb sicherzustellen, der sich insbesondere im Onlinebereich vielfältig darstellt.

B. Die rechtsaufsichtliche Prüfung gem. § 11f Abs. 7 RStV

I. Gegenstand der Prüfung

Die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde prüft die Einhaltung der Verfahrensschritte im Dreistufentestverfahren und die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben.³⁰⁵ Kommt sie zu dem Ergebnis, dass das Verfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde und das neue Angebot dem gesetzlichen Auftrag der Rundfunkanstalt entspricht, hat sie das Telemedienkonzept im jeweiligen amtlichen Verkündungsblatt zu veröffentlichen. Die Begründung der Gremienentscheidung, die Stellungnahmen oder ein Gutachten sind dabei ausdrücklich nicht Bestandteil der Veröffentlichung.³⁰⁶ Dem ist zu entnehmen, dass diese Bestandteile des Verfahrens auch nicht Gegenstand der inhaltlichen Prüfung der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde sind.

³⁰⁴ *Jarass/Pieroth*, Art. 5 GG, Rn. 41.

³⁰⁵ Begründung, S. 23.

³⁰⁶ Begründung, S. 23.

1. Telemedienkonzept

Gegenstand der rechtsaufsichtlichen Prüfung gemäß § 11f Abs. 7 RStV ist somit das dem betreffenden Angebot zugrunde liegende Telemedienkonzept und das Verfahren seiner Bewertung durch die inhaltlich allein zuständigen Gremien.

In einem entsprechenden Telemedienkonzept sind drei Bereiche auszuführen; erstens ist schriftlich darzulegen, in welcher Weise für die Demokratie, die Gesellschaft oder die Kultur ein Beitrag geleistet wird. Zweitens ist der Beitrag zum publizistischen Wettbewerb zu bestimmen. Drittens ist der finanzielle Aufwand für das Angebot festzustellen.

Die Rechtsaufsichtsbehörde hat ein umfassendes Auskunftsrecht gegenüber der Rundfunkanstalt. Um die ihr zugewiesene Prüfung durchzuführen, liegt der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde das vollständige der Entscheidung des Rundfunkrates zugrunde liegende Telemedienkonzept nebst den für die vorausgegangene inhaltliche Entscheidung erheblichen Beiwerken, wie Stellungnahmen oder Gutachten vor. Aus der Gesamtheit dieser im Rahmen des jeweiligen Verfahrens zusammengetragenen Unterlagen ist durch die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde die Einhaltung des Verfahrens nachzuvollziehen.

Die Konzepte müssen genauer als die gesetzliche Ermächtigung sein und können ein einziges oder eine Vielzahl von Angeboten umfassen. Aus dem Text muss sich ablesen lassen, wer angesprochen werden soll, was vorrangig angeboten wird und wie das Angebot sich ausrichtet, ob es sich zum Beispiel um ein informatives, ein unterhaltendes oder ein bildendes Programm handelt. Eine Obergrenze für die zeitliche Verfügbarkeit ist anzugeben und Archivangebote sind als solche zu benennen. Ferner sind Beginn und Dauer des Angebotes anzugeben.

Da die genehmigten Telemedienkonzepte Zulässigkeitsvoraussetzungen für alle Telemedien sind, die nicht nach § 11d Abs. 2 Satz 1 und 2 RStV bereits vom Gesetzgeber beauftragt sind, fällt der forma-

len Betrachtung der gegenständlichen Telemedienkonzepte unter den zuvor dargestellten Bedingungen ein besonderes Gewicht zu.³⁰⁷ Ihre formelle Normkonformität ist Gegenstand der Prüfung der für die Rechtsaufsicht zuständigen Stelle.

2. Die Einhaltung des Verfahrensrechts

Gegenstand der Prüfung durch die Rechtsaufsicht ist neben den Telemedienkonzepten selbst, die verfahrensmäßig vorgegebene Bewertung der in den Telemedienkonzepten enthaltenen Angebotsbeschreibungen durch die zuständigen Gremien, sowie die formalen Aspekte der Entscheidungsfindung.

Der Rahmen für das Verfahren im zuständigen Gremium wird im Einzelnen vorgegeben. Gemäß § 11e Abs. 1 RStV ist die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt zum Erlass von „Binnenrecht“ auch für das Verfahren ermächtigt.³⁰⁸ Dieses Binnenrecht gestaltet sich in Satzungen und Richtlinien, die nach dem Willen des Gesetzgebers ihrerseits der Konkretisierung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, sowie seiner Umsetzung dienen.³⁰⁹ Das Binnenrecht regelt insbesondere die Verfahrensschritte im Dreistufentest, zum Beispiel wann ein Angebot als neu oder verändert eingestuft wird oder das Prüfverfahren ausgelöst wird.³¹⁰ Die Satzungen und Richtlinien verhalten sich zudem zur Erstellung, zu Inhalt und Detailgrad der Telemedienkonzepte, sowie zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der Gremienentscheidungen. Insoweit sind relevant Regelungen zur Personal- und Sachausstattung, zur eigenständigen Sachermittlung und zur Gutachtenbeauftragung.

Um den Rundfunkräten eine objektive Prüfung zu ermöglichen, sollen Dritte die Möglichkeit zur Äußerung haben. Auch wenn damit

³⁰⁷ Vgl. Begründung, S. 21 ff..

³⁰⁸ Begründung, S. 19; zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Binnenrechtserlasses (auch) durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten ausführlich *Cornils*, S. 42 m.w.N.

³⁰⁹ Begründung, S. 19.

³¹⁰ Begründung, S. 19.

keine subjektiven Rechte Dritter begründet werden³¹¹, hat dieser Aspekt unter verfahrensrechtlicher Betrachtung gleichwohl eine Bedeutung. Ein Dreistufentestverfahren, das gänzlich ohne durchgeführte Publizität im Sinne der Gewährung der Stellungnahmemöglichkeiten durchgeführt wird, erleidet auf Grund dieses Umstands einen Verfahrensfehler, der durch die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde zu rügen wäre. Die Gremien können je nach Angebot, das den konkreten Prüfungsgegenstand darstellt, die Anhörungsfristen angemessen verlängern und weitere Informationen einholen.³¹²

Konkret verfahrensleitenden Inhalt haben die Programmrichtlinien, sofern sie Fristen für die Veröffentlichung des jeweiligen Telemedizinangebots, sowie die Dauer der Gelegenheit zur Stellungnahme regeln. Ferner legen die Richtlinien fest, wie mit den Stellungnahmen Dritter zu verfahren ist. Diese sind unverzüglich an den oder die Gutachter, sowie den Intendanten der jeweiligen Landesrundfunkanstalt zur Prüfung weiterzuleiten. In diesem Rahmen hat der Rundfunkrat durch seinen Vorsitzenden auch alle weiteren für die Befassung erforderlichen Unterlagen einschließlich des Gutachtens, sowie der Stellungnahmen Dritter unverzüglich für die Mitglieder des Rundfunkrates und den Intendanten zentral und zugänglich zur Verfügung zu stellen, so dass die am Verfahren Beteiligten jeder Zeit in die für die Befassung erforderlichen Unterlagen Einsicht nehmen können.³¹³

Sofern die Geschäftsordnung des jeweiligen Rundfunkrates die Einrichtung entsprechender Sonderausschüsse vorsieht, befassen sich die zuständigen Ausschüsse mit der Angebotsbeschreibung, den form-

³¹¹ Begründung, S. 22.

³¹² Begründung, S. 22.

³¹³ Zum Beispiel: So geregelt in den Programmrichtlinien des NDR: „Programmrichtlinien des Norddeutschen Rundfunks vom 15.5.04 zur Ausführung des § 11e und 11f Rundfunkstaatsvertrag in der ab dem 1.6.09 geltenden Fassung (geändert durch Beschluss des NDR-Rundfunkrates vom 27.3.09)“, Abschnitt D „Genehmigungsverfahren des Norddeutschen Rundfunks für neue oder veränderte Telemedien und für ausschließlich im Internet verbreitete Hörfunkprogramme“ II. (6); Nds. MBl., Nr. 21, S. 497, 500.

und fristgerecht eingegangenen Stellungnahmen Dritter, sowie den eingeholten Gutachten von externen Sachverständigen. Die Stellungnahmen der Intendanz und die Beratungsergebnisse der Ausschüsse des Rundfunkrates werden berücksichtigt. Abänderungen des geplanten Angebots auf Grund der Stellungnahmen der Ausschüsse des Rundfunkrates, auf Grund Dritter, auf Grund von Gutachtenergebnissen, auf Grund der Stellungnahme des Intendanten der Landesrundfunkanstalt, auf Grund der Stellungnahmen anderer Gremien der Landesrundfunkanstalten oder der Gremiovorsitzendenkonferenz sind schriftlich zu dokumentieren.³¹⁴

Schließlich zählt zum Prüfungsgegenstand der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde die Überprüfung des Entscheidungsfindungsverfahrens. Der Gesetzgeber sieht die Entscheidung der Rundfunkräte als die grundlegende Sachentscheidung im Rahmen des Dreistufentests an und sichert diese durch strenge Verfahrensvorgaben gegen Zufallsergebnisse im Sinne einer breiten Legitimationsbasis ab.³¹⁵ Dabei ist die Einhaltung der Begründungspflicht für die Entscheidung der Rundfunkräte zu überprüfen. Die Begründung muss einen Abwägungsprozess erkennen lassen und darstellen, wie sich Stellungnahmen und ggf. neue Erkenntnisse auf das ursprünglich geplante Vorhaben auswirkten.³¹⁶

II. Inhaltlicher Prüfungsumfang

1. Reduzierung der Prüfungslegitimation auf den Prüfungsgegenstand

Korrespondierend zur eingeschränkten Prüfungslegitimation der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde auf die vorgenannten Verfahrensbestandteile des Dreistufentests ist auch die inhaltliche Prüfungskompetenz auf den konkreten Verfahrensgegenstand beschränkt.³¹⁷

³¹⁴ NDR-Programmrichtlinien, II. (7); Nds. Mbl., Nr. 21, S. 497, 500.

³¹⁵ Begründung, S. 23.

³¹⁶ Begründung, S. 23.

³¹⁷ *Hahn/Vesting*, Rundfunkrecht, § 11f RStV, Rn. 123.

Insbesondere ergeben sich Leitlinien für die inhaltliche Prüfungslegitimation der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde aus den gemäß §11e RStV aufgestellten Richtlinien. Soweit diese vorsehen, dass innerhalb des durch den Rundfunkrat durchzuführenden Verfahrens beispielsweise Fristen zu setzen bzw. einzuhalten sind, ist dieses formale Kriterium Gegenstand einer verfahrensrechtlichen Überprüfung. Gleiches gilt für die Überprüfung der Einhaltung von Vorlagenobliegenheiten, die letztlich sicherstellen sollen, dass die Beiträge aller am Verfahren Beteiligten jeweils gegenseitig zur Kenntnis gelangen.

2. Einschränkung inhaltlicher Prüfungskompetenz durch Beurteilungsspielräume

Eine zusätzliche inhaltliche Beschränkung der Prüfungslegitimation der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde ergibt sich aus der Qualität des Dreistufentestverfahrens selbst. Die gesetzlichen Vorgaben für die Durchführung des Dreistufentests weisen eine vergleichsweise hohe Dichte unbestimmter Rechtsbegriffe und Einschätzungs- und Bewertungserfordernisse auf, die durch den Rundfunkrat bereits in seiner Entscheidungsfindung zu berücksichtigen sind. Der Rundfunkrat ist gehalten, die unbestimmten Rechtsbegriffe, die der Gesetzgeber vorgesehen hat, anhand der Anwendung in der Praxis auszufüllen und inhaltlich zu interpretieren. Zudem obliegt ihm die Gewichtung und inhaltliche Bewertung der Stellungnahmen Dritter und der obligatorisch einzuholenden gutachterlichen Stellungnahmen, um zu einer geordneten und nachvollziehbaren Entscheidung zu gelangen.

a) Gesetzliche Rahmen für Beurteilungsspielräume

Der Gesetzgeber kann kraft seiner Ausgestaltungsbefugnis eine reduzierte Kontrolldichte durch die Einräumung von Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräumen vorsehen. Die Ermächtigung der Exekutive zur Letztentscheidung muss allerdings den jeweiligen Rechtsvorschriften entsprechen, bzw. ihnen zumindest konkludent entnommen werden können.³¹⁸

³¹⁸ Jarass/Pieroth, Art. 19 GG, Rn. 64.

Wenn eine ausdrückliche Einräumung eines solchen die Kontroll-dichte einer Entscheidung beschränkenden Beurteilungsspielraums fehlt, ist die Weite des behördlichen Spielraums durch Auslegung zu ermitteln.³¹⁹

Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber einen Beurteilungsspielraum einräumen wollte, sind insbesondere die Betrauung eines durch besondere Qualifikation oder Sachkunde ausgezeichneten, in pluralistischer Zusammensetzung weisungsfreien Gremiums³²⁰, darüber hinaus die Maßgeblichkeit von Erwägungen außerhalb eines rechtlich exakt erfassbaren Bereichs, das Fehlen hinreichend bestimmter Entscheidungsvorgaben und der Umstand, dass für die zu treffende Beurteilung auch einem Gericht keine adäquateren Erkenntnismöglichkeiten, als externe Gutachter zu befragen, zur Verfügung stünden.³²¹

b) Beurteilungsspielräume im Dreistufentestverfahren

Für die Entscheidung des Rundfunkrats treffen diese Hinweise zu. Zunächst mangelt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Festlegung eines oder mehrerer Beurteilungsspielräume im Rahmen des Dreistufentestverfahrens.

Der Rundfunkrat ist ein pluralistisch besetztes Gremium mit besonderer Sachkunde für seinen Zuständigkeitsbereich und gesetzlich als weisungsfreies, autonomes Entscheidungsinstrument im Rahmen der Selbstverwaltung eingerichtet. Die Prüfungskriterien des Dreistufentests sind ausfüllungsbedürftig und interpretationsfähig und daher rechtlich nicht klar fassbar. Die erforderliche Sachkunde erlangt der Rundfunkrat hinsichtlich der auf der zweiten Stufe durchzuführenden Bewertung der marktlichen Auswirkungen zusätzlich durch die obligatorische Einholung fachkundiger Gutachten. Gesetzliche Entscheidungsvorgaben fehlen, sie werden vielmehr durch die Rundfunkanstalt als Verfahrensrichtlinien selbst erarbeitet.

³¹⁹ *Kopp/Schenke*, § 114 VwGO, Rn. 24.

³²⁰ *Kopp/Schenke*, § 114 VwGO, Rn. 25; *Schenke*, Rn. 758.

³²¹ *Kopp/Schenke*, § 114 VwGO, Rn. 25.

Es spricht daher vieles dafür, dass dem Rundfunkrat bei der Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe der ersten Stufe des Dreistufentests und hinsichtlich der Prognoseentscheidung, die auf der zweiten Stufe in Bezug auf die marktlichen Auswirkungen zu treffen ist, ein Beurteilungsspielraum zusteht.³²²

III. Qualität der Entscheidung

1. Maßnahme der Rechtsaufsicht?

Zwar räumt § 11f Abs. 7 RStV der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde ein Informations- bzw. Auskunftsrecht ein, indem angeordnet wird, dass alle Auskünfte und Unterlagen, die für eine „rechtsaufsichtliche“ Prüfung erforderlich sind, zu erteilen bzw. übermitteln sind. Den zulässigen Handlungsformen staatlicher Rechtsaufsicht über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Form eines Informations- und Beratungsrechts, der Beanstandung und der rechtsaufsichtlichen Weisung, entspricht der Charakter der Maßnahme nach § 11f Abs. 7 RStV jedoch nicht.

a) Handlungsform der Rechtsaufsicht

Das Gesetz ordnet das Informations- bzw. Auskunftsrecht vielmehr als Voraussetzung für die auf dieser Informationsgrundlage erfolgende Prüfung an. Das Informationsrecht als Handlungsmittel der staatlichen Rechtsaufsicht ist regelmäßig als Mittel zur Umsetzung eines Prüfungsergebnisses der Rechtsaufsicht zu verstehen. Die Verwaltungshandlung steht am Ende des Prüfungsprozesses³²³ und ist zum inhaltlichen Abschluss des Dreistufentests mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der anwesenden und einer Mehrheit der gesetzlichen Mitglieder des Rundfunkrates zu beschließen. Beide Bedingungen sind kumulativ zu erfüllen.

Daher ist die Informationspflicht der Rundfunkanstalt gegenüber der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde kein Rechtsaufsichtsmit-

³²² Peters, K & R 2009, 26, 33.

³²³ Schmidt-Preuß, NVwZ 2005, 489.

tel, sondern soll die Prüfung erst ermöglichen, an deren Ende die Auswahl einer Handlungsform der die Aufsicht ausübenden Stelle stehen kann. Die Handlungsmöglichkeiten der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde werden somit um die hier vorgesehene Maßnahme eigener Art ergänzt, nämlich die Entscheidung, das prüfungsgegenständliche Telemedienkonzept zu veröffentlichen, oder nicht.

b) Aufsichtsadressat

Darüber hinaus ist auch das Prüfungsobjekt nicht übereinstimmend mit der sonstigen Ausübung der Rechtsaufsicht über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Adressat der üblichen Aufsicht ist die Rundfunkanstalt, Gegenstand ihr Handeln. Die Aufsicht wird in Subsidiarität zur internen Aufsichtsstruktur ausgeübt.

Soweit eine übliche Rechtsaufsicht ausgeübt wird, ist Prüfungsobjekt nicht die vorangegangene in vorweg genommener Aufsichtstätigkeit getroffene Bewertung eines anstaltsinternen Aufsichtsgremiums, sondern regelmäßig ein Handeln des Aufsichtsadressaten, der Rundfunkanstalt, welches bereits zuvor wegen des Grundsatzes der Subsidiarität der staatlichen Rechtsaufsicht vorrangig im anstaltsinternen Aufsichtsgremium beurteilt worden ist und schließlich zum Gegenstand der staatlichen Rechtsaufsicht wird.

Im Rahmen des Dreistufentests ist Adressat der Maßnahme der für die Rechtsaufsicht zuständigen Stelle gemäß § 11f Abs. 7 RStV die Rundfunkanstalt.

Statt eine Maßnahme der üblichen Rechtsaufsicht zu etablieren, überträgt der Gesetzgeber durch § 11f Abs. 7 RStV der fachlich qualifizierten Behörde mithin die Verantwortung der Vornahme der Betrauung der Anstalt mit dem Telemedienangebot im Rahmen ihres öffentlichen Auftrags. Hierzu schafft der Gesetzgeber ein einzelfallbezogenes Handlungsinstrument, auszuführen durch „die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde“.

Diese durch eine Entscheidung *ex ante* geprägte Tätigkeit der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde, nämlich ihrer Beteiligung an der Frage der Veranstaltung einer programmlichen Tätigkeit, ist dem Grunde nach etwas anderes, als die Wahrnehmung der Aufgaben durch die Rundfunkanstalten im Wege der Rechtsaufsicht *ex post* zu prüfen. Zudem wird die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde hier nach dem Willen des Gesetzgebers in jedem Einzelfall der Durchführung des Dreistufentests mit einem für die Verbreitung des jeweiligen Angebots konstitutiven Akt tätig.

Dies widerspräche grundsätzlich dem verfassungsrechtlich für die staatliche Rechtsaufsicht tragenden Grundsatz der Subsidiarität der Rechtsaufsicht gegenüber der anstaltsinternen Kontrolle zur Sicherung der Staatsferne des Rundfunks. Die Maßnahme nach § 11f Abs. 7 RStV ist daher keine originär rechtsaufsichtliche Maßnahme, sondern eine im Zuständigkeitsbereich der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde angesiedelte, neue Maßnahme eigener Art im Rahmen des gleichfalls neu eingeführten Verfahrens des Dreistufentests, neben der eigentlichen Rechtsaufsicht.

2. Betrauungsakt als Verwaltungsakt

Die Frage, ob im Falle der Veröffentlichung der Angebotsbeschreibung gemäß § 11f Abs. 7 RStV die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde durch einen Verwaltungsakt handelt, ist umstritten.

a) Streitstand

Während *Dörr* der Auffassung ist, dass die Maßnahme der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde gemäß § 11f Abs. 7 RStV alle Merkmale eines Verwaltungsakts aufweise³²⁴, sieht insbesondere *Knothe* mit der Begründung, der Text des Staatsvertrages stehe der Annahme eines Regelungscharakters entgegen, da es nicht Absicht der Länder gewesen sei, etwas zu regeln oder zu gestalten, vor allem das Merkmal der Regelung nicht als erfüllt an.³²⁵

³²⁴ *Dörr*, Das Verfahren des Dreistufentests, S. 33.

³²⁵ *Knothe*, epd medien 60/2009, 5, 8.

b) Verwaltungsakt nach § 35 VwVfG

Gemäß § 35 S. 1 VwVfG ist ein Verwaltungsakt jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Mit dem Merkmal der Regelung grenzt sich der Verwaltungsakt als ein die Rechtslage gestaltender Rechtsakt von einem sich in seiner tatsächlichen Wirkung erschöpfenden Realakt ab. Entscheidend für die Abgrenzung ist damit, dass mit dem Verwaltungsakt eine verbindliche Rechtsfolge gesetzt werden soll.³²⁶

Außenwirkung ist anzunehmen, wenn die beabsichtigten Rechtsfolgen gegenüber einer außerhalb der Verwaltung stehenden natürlichen oder juristischen Person eintreten sollen und deren Rechtsposition erweitert, beschränkt oder festgestellt oder in sonstiger Weise durch die Regelung betroffen wird.³²⁷

c) Stellungnahme

Der Gesetzgeber wollte bei der Implementierung der aufsichtsrechtlichen Prüfung die im Einklang mit den Vorgaben der EU-Kommission stehende Voraussetzung für die förmliche Betrauung der Rundfunkanstalten mit Telemedienangeboten vor dem Hintergrund des Beihilfenkompromisses schaffen.

Er gibt für die Tätigkeit der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde vor, dass sie die Einhaltung der Verfahrensschritte und der gesetzlichen Vorgaben zu prüfen hat. Sie hat mithin in einer dem Verfassungsrecht entsprechenden Weise zu prüfen, ob das Telemedienangebot dem Auftrag der Rundfunkanstalt entspricht.³²⁸

³²⁶ Schwarz, in *Fehling/Kastner/Wahrendorf*, § 35 VwVfG, Rn. 91.

³²⁷ Schwarz, in *Fehling/Kastner/Wahrendorf*, § 35 VwVfG, Rn. 103.

³²⁸ Begründung, S. 23.

Abgeschlossen wird die Prüfung intentionsgerecht mit einem allein dem europäischen Beihilfenrecht geschuldeten, gesonderten Betrauungsakt. Dieser Betrauungsakt ist hinsichtlich seiner Qualität in das deutsche Verfahrensrecht einzuordnen. Die Kommission hat zur des Betrauungsaktes keine Vorgaben gemacht.

Sowohl die Prüfung des Verfahrens als auch der Veröffentlichungsakt selbst sind hoheitliche Maßnahmen, also einseitiges und zweckgerichtetes Handeln, getroffen von einer Behörde³²⁹, nämlich der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde. Die Maßnahme bezieht sich jeweils auf einen Einzelfall des jeweiligen neuen oder geänderten Telemedienangebots, das in Form des beschriebenen Telemedienkonzepts den Prüfungsgegenstand des Dreistufentests darstellt, und dessen Konformität mit dem Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die Rechtsgrundlage im Rahmen des Rundfunkstaatsvertrags ist dem öffentlichen Recht zuzuordnen.

Durch die Veröffentlichung der Beschreibung des neuen oder geänderten Telemedienangebots wird das Prüfungsergebnis der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde dokumentiert, dass das Verfahren nach §11f Abs. 4 bis 6 RStV ohne Fehler stattgefunden hat. Kommt die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde zu einem positiven Ergebnis, erfolgt die Veröffentlichung der Angebotsbeschreibung in dem jeweiligen Amtsblatt und die Rundfunkanstalt ist förmlich beauftragt mit der Veranstaltung des Telemedienangebots.³³⁰ Das Angebot darf damit „online gehen“.

Durch die Maßnahme werden folglich auf der Grundlage einer eigenen Rechtsprüfung der Behörde Rechte seitens des Adressaten begründet. Dies ist vom Gesetzgeber auch so gewollt.³³¹ Hinsichtlich einer einzelnen behördlichen Maßnahme ist für die Frage, ob sie einen Verwaltungsakt darstellt, regelmäßig nicht der Wille der Behörde maßgebend, sondern der objektive Erklärungswert.³³² Es

³²⁹ Schwarz, in *Fehling/Kastner/Wahrendorf*, § 35 VwVfG, Rn. 81.

³³⁰ Begründung, S. 23.

³³¹ anders *Knothe*, a.a.O..

³³² Schwarz, in *Fehling/Kastner/Wahrendorf*, (Fn. 9), § 35 VwVfG, Rn. 32.

handelt sich hier um einen Statusakt, der eine Regelung im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG beinhaltet. Dieser besteht aus zwei Elementen, der inhaltlichen Prüfung der Entscheidung des Rundfunkrates als rechtliches, materielles Element und der Veröffentlichung der Angebotsbeschreibung als tatsächliches Element, das jedoch nicht allein stehen kann, sondern stets in Verbindung mit der zuvor erfolgten Prüfung gesehen werden muss. Somit sind die beiden Elemente untrennbar miteinander verbunden. Da die Frage des „ob“ der Veröffentlichung abhängig ist vom Ergebnis der vorab durchgeführten Prüfung, stellt das tatsächliche Element die Manifestation des rechtlichen, materiellen Elements dar. Durch diese Kombination wird der Öffentlichkeit des gesamten Verfahrens des Dreistufentests auch in seinem Abschluss Rechnung getragen.

Adressat der Maßnahme ist die Rundfunkanstalt, deren Rundfunkrat den Dreistufentest hinsichtlich des konkreten Telemedienangebots durchgeführt hat. Sie wird durch die Veröffentlichung mit der Veranstaltung eines neuen oder geänderten Telemedienangebots betraut. Gesetzlicher Vertreter der Rundfunkanstalt ist ihr Intendant. Die Rundfunkanstalten stehen in Form staatsfern organisierter Selbstverwaltungskörperschaften als juristische Personen des öffentlichen Rechts außerhalb der Verwaltung im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG, nämlich der Staatsverwaltung.³³³ Damit liegt auch Außenwirkung vor.

Vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte des Dreistufentests ist eine Gestaltungsabsicht des Gesetzgebers hinsichtlich eines formell und materiell strukturierten Verfahrens unverkennbar. Es handelt sich um ein neues Verfahren, dessen wesentlicher Inhalt in der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe durch Durchführung eines verfahrensmäßig ausformulierten Anforderungskataloges besteht. Für ein solches Verfahren ist im Interesse aller Beteiligten eine Justiziabilität unter verwaltungsprozessualen Regelungen wünschenswert. Der Betrauungsakt ist folglich ein Verwaltungsakt.³³⁴ Auch aus Gründen der Rechtsschutzeffektivität ist dieses Ergebnis

³³³ BVerfGE 31, 314, 322; 59, 231, 254.

³³⁴ So auch *Eifert* in *Hahn/Vesting*, Rundfunkrecht, § 11 f RStV, Rn. 189.

angezeigt, da ansonsten kein bzw. nur ein erheblich eingeschränkter Rechtsschutz gegeben wäre.

3. Kapitel Überprüfung des Dreistufentests durch Verwaltungsgerichte

A. Einführung

In der Rechtsrealität sind aktuell keine verwaltungsgerichtlichen Verfahren mit dem Dreistufentest als Gegenstand der Auseinandersetzung bekannt. Die nachfolgenden Überlegungen bedürfen daher der theoretischen Grundlegung.

In diesem Rahmen sollen denkbare prozessuale Situationen vorgestellt und ihre prozessualen Voraussetzungen beschrieben werden. Besonderes Augenmerk wird auf die Situation Konkurrentenklage gelegt werden.

B. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 Abs. 1 VwGO in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art eröffnet, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz oder auf dem Gebiet des Landesrechts auch durch Landesrecht einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Bei den Regelungen des RStV handelt es sich um Landesrecht.³³⁵ Sonderzuweisungen bestehen für das Rundfunkrecht weder auf bundes- noch auf landesrechtlicher Ebene.

Nach der so genannten modifizierten Subjekttheorie liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 VwGO vor, wenn zumindest ein Zuordnungssubjekt der in Frage stehenden Rechtssätze ein Hoheitsträger als solcher ist. Der Hoheitsträger muss daher gerade in dieser Eigenschaft berechtigt oder verpflichtet werden.³³⁶

³³⁵ Kannengießer in *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf*, Art. 5 GG, Rn. 18; *Bethge* in *Sachs*, Art. 5 GG, Rn. 98; st. Rspr. BVerfGE 57, 295, 319f.; 73, 118, 158; 74, 297, 324.

³³⁶ H.M. vgl. *Schenke*, Rn. 104; *Hufen*, § 11 Rn. 17; *Fehling/Kastner/Wahrendorf*, § 40 VwGO, Rn. 107; *Kopp/Schenke*, § 40 VwGO, Rn. 11.

Die im Dreistufentest relevante Maßnahme nach § 11f Abs. 7 RStV wird vorgenommen durch die zur Rechtsaufsicht über die jeweilige Rundfunkanstalt zuständige Stelle. Die Zuständigkeit für die Rechtsaufsicht ist für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in den jeweiligen Anstalts-Rechtsgrundlagen geregelt.³³⁷ Zuständig sind danach mit den jeweiligen Landesregierungen oberste Landesbehörden und als solche Hoheitsträger.³³⁸

Die Maßnahme nach § 11f Abs. 7 stellt einen Betrauungsverwaltungsakt dar, mit welchem der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt die Verbreitung des konkreten, näher beschriebenen Telemedienangebots von staatlicher Seite aufgetragen wird. Der Dreistufentest ist damit Kern eines besonderen Verfahrens der Beauftragung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit der Veranstaltung von Telemedienangeboten.³³⁹ Dies entspricht sowohl dem Regelungskonzept des Rundfunkgesetzgebers, als auch der Rechtsintention der Europäischen Kommission vor dem Hintergrund des europäischen Beihilfenrechts. Letztlich ist diese Konsequenz Ausfluss der Befugnis und Verpflichtung der Landesregierungen, den Auftrag der Rundfunkanstalten durch einfachgesetzliche Regelungen auszugestalten. Die Betrauung einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt erfolgt daher durch einen Hoheitsträger, der hier auch und gerade als solcher tätig wird. Der Verwaltungsrechtsweg ist mithin eröffnet.

C. Prozessuale Situationen

I. Organstreitverfahren

Der rundfunkrechtliche Organstreit ist eine Unterart der Rechtsfigur des allgemeinen verwaltungsrechtlichen Organstreits, der in Form z.B. des kommunalverfassungsrechtlichen Organstreits und des uni-

³³⁷ Z.B. für den BR in Art. 13 Abs. 4 BayRG; für den NDR in § 37 NDR-StV; für RB in § 26 RB-G; für den RBB in § 39 RBB-StV; für den SWR in § 37 SWR-StV; für den WDR in § 54 WDR-G; für den SR in § 43 SMG; für den MDR in § 37 MDR-StV; für das ZDF in § 31 ZDF-StV.

³³⁸ *Fehling/Kastner/Wahrendorf*, § 1 VwVfG, Rn. 27.

³³⁹ *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Teil B 4, Rn. 48.

versitätsinternen Streitverfahrens und von Streitigkeiten innerhalb öffentlich-rechtlicher Verbände zum Verwaltungsprozessrecht gehört.³⁴⁰

Die grundsätzliche Zulässigkeit des rundfunkrechtlichen Organstreits erklärt sich aus der Erkenntnis, dass auch im organisationsrechtlichen Binnenbereich einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt kein rechtsfreier Raum besteht, sondern Rechtsbeziehungen zwischen unabhängigen Funktionsträgern mit jeweils eigenen Kompetenzbereichen und selbständigen Entscheidungsbefugnissen.³⁴¹

1. Konfliktlage

Die Überprüfung des Dreistufentests durch Verwaltungsgerichte ist unter diversen Aspekten denkbar. In der vielfältigen Gremien- und Organlandschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und ihrer Verbände ergeben sich diverse, möglicherweise klärungsbedürftige Rechtsverhältnisse. Das Rechtsverhältnis einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt, die aufgrund eines „bestandenen“ Dreistufentests ein Telemedienangebot veranstaltet, zu Dritten ist insbesondere Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung.

Es ergeben sich insoweit verschiedene prozessuale Situationen, die vor dem Hintergrund der Durchführung und des Abschlusses des Dreistufentestverfahrens denkbar sind.

Denkbar ist zunächst, dass sich der Intendant der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt als Kläger gegen den („eigenen“) Rundfunkrat positioniert. Diese Situation dürfte insbesondere dann Relevanz erhalten, wenn der Rundfunkrat das durch den Intendanten der Anstalt vorgelegte Telemedienkonzept zurückweist, sei es bereits im Anfangsstadium des Dreistufentestverfahrens oder als Ergebnis der abschließenden inhaltlichen Prüfung im fortgeschrittenen Verfahrensstadium. In letzterem Falle käme folglich der Rundfunkrat zu dem Prüfungsergebnis, dass das vorgelegte Telemedienangebot nicht

³⁴⁰ Puttfarcken, S. 65; Kopp/Schenke, Vorb. § 40 VwGO, Rn. 6.

³⁴¹ Puttfarcken, S. 65.

dem Auftrag der Anstalt entspricht. Fraglich ist, ob der Intendant als geschäftsführendes Organ der Rundfunkanstalt den Rundfunkrat im Organstreitverfahren gerichtlich zu einer anderen inhaltlichen Entscheidung zwingen kann.

Umgekehrt ist ebenfalls die Konstellation denkbar, dass etwa ein Rundfunkrat dann, wenn der Intendant ein von ihm veranlassenes, geändertes Telemedium dem Rundfunkrat nicht in Form eines Konzepts zur Durchführung des Dreistufentests vorlegen will, diese Vorlage und damit die Einleitung des Dreistufentestverfahrens gerichtlich erzwingen kann. Dies würde ex ante die Meinungsbildung voraussetzen, dass die Durchführung des Testverfahrens inhaltlich erforderlich ist. Entsprechende gerichtliche Auseinandersetzungen fänden jeweils statt im Rahmen eines Organstreitverfahrens.

2. Prozessvoraussetzungen

Es kommt als Klageart für diese Fälle der gerichtlichen Befassung nur die Feststellungsklage oder, soweit die Durchsetzung eines Anspruchs begehrt wird, die allgemeine Leistungsklage in Betracht.³⁴²

a) Feststellungsklage

Eine Feststellungsklage setzt voraus, dass Gegenstand des Rechtsstreits ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis ist, dessen Bestehen oder Nichtbestehen Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung wird (§ 43 Abs. 1 VwGO). Nicht feststellungsfähig sind bloße Elemente, unselbständige Teile oder Vorfragen von Rechtsverhältnissen, die nicht unmittelbar selbständige Rechte und Pflichten, also subjektiv öffentliche Rechte, begründen, sondern nur Voraussetzungen solcher Rechte und Pflichten sind.³⁴³

In einem weiten Sinn wird unter Rechtsverhältnis eine rechtliche Beziehung verstanden. Ein Rechtsverhältnis in dem genannten wei-

³⁴² Kopp/Schenke, § 43 VwGO, Rn. 10.

³⁴³ Kopp/Schenke, § 43 VwGO, Rn. 13.

ten Sinn stellt demnach jede rechtliche Beziehung, jedes subjektive Recht und jede Pflicht dar.³⁴⁴

In einem engeren Sinn werden als Rechtsverhältnisse in gewissem Maß verselbständigte Bündel von Rechtsbeziehungen zwischen zwei Personen angesehen. Prototypen sind das Beamtenverhältnis und andere der früher so genannten besonderen Gewaltverhältnisse, aber auch etwa die Gesamtheit der Rechte und Pflichten aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag oder, schon weniger umfassend oder weniger klar abgegrenzt, ein bestimmtes Subventionsverhältnis, ein Sozialhilfeverhältnis oder ein durch einen Genehmigungsantrag begründetes Verfahrensverhältnis.³⁴⁵

Ein Rechtsverhältnis ist nach ständiger Rechtsprechung jedenfalls nur feststellungsfähig, wenn es hinreichend konkret und streitig ist. Das Erfordernis der hinreichenden Konkretisierung des Rechtsverhältnisses dient dazu, den für jede Rechtsprechungstätigkeit typischen Fallbezug zu sichern und die Entscheidung über abstrakte Rechtsfragen, die Abgabe bloßer Rechtsgutachten zu verhindern. Deshalb können die Gerichte nicht mit einer Feststellungsklage befasst werden, mit der lediglich die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage aufgrund eines nur erdachten oder eines solchen Sachverhalts erreicht werden soll, dessen Eintritt noch ungewiss, insbesondere von einer in ihren tatsächlichen und rechtlichen Auswirkungen noch nicht übersehbaren künftigen Entwicklung abhängig ist. Die Feststellungsklage kann vielmehr nur zur Klärung eines konkreten Rechtsverhältnisses, d.h. nur unter der Voraussetzung erhoben werden, dass die Anwendung einer Rechtsnorm auf einen bestimmten bereits übersehbaren Sachverhalt streitig ist.³⁴⁶

Wie bereits bemerkt, können nach heute ganz vorherrschender Auffassung Streitigkeiten zwischen (Selbstverwaltungs-)Organen und Organteilen in bestimmtem Umfang vor den Verwaltungsgerichten ausgetragen werden, da auch Innenrechtsverhältnisse Rechtsverhält-

³⁴⁴ Pietzcker in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 43 VwGO, Rn. 5.

³⁴⁵ Pietzcker in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 43 VwGO, Rn. 7.

³⁴⁶ Pietzcker in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 43 VwGO, Rn. 17.

nisse darstellen.³⁴⁷ Das gilt auch für den rundfunkrechtlichen Organstreit.³⁴⁸

Die im Organstreit durchsetzbaren, ähnlich einem subjektiven Recht den jeweiligen Organen oder Organteilen zugewiesenen Rechtsstellungen, werden insoweit den subjektiven Rechten im Außenverhältnis gleichgesetzt.³⁴⁹ Kein Organstreit liegt vor, wenn das Außenrechtsverhältnis betroffen ist; und ein Organstreit scheidet aus, wenn es im Innenverhältnis zwischen den Beteiligten an einer dem subjektiven Außenrecht angenäherten, wehrfähigen Position fehlt.³⁵⁰

Fraglich ist, ob in Bezug auf den Dreistufentest als mittelbaren Gegenstand einer Feststellungsklage eine mit subjektiven Rechten im Außenverhältnis gleichzustellende Rechtsstellung erkennbar ist.

Gegen die Begründung subjektiver Rechte oder vergleichbarer Rechtsstellungen könnte sprechen, dass das Ergebnis des Dreistufentests zwar abschließend ist, jedoch lediglich die Feststellung beinhaltet, ob das gegenständliche Telemedienangebot vom öffentlichen Auftrag der Rundfunkanstalt umfasst ist oder nicht.

Der Rundfunkrat gibt mit seinem Prüfungsergebnis Antwort auf eine Rechtsfrage, die zwar bezogen auf einen konkreten Gegenstand, nämlich das beschriebene Telemedienangebot, geklärt wird, aber wegen ihres abstrakten Charakters noch kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO begründen könnte, denn aus der Entscheidung des Rundfunkrats leiteten sich für den Intendanten keine unmittelbaren Rechte und Pflichten ab. Die Verbreitung des Telemedienangebots wäre auch mit der Feststellung, dass es vom öffentlichen Auftrag der Rundfunkanstalt umfasst sei, nicht „erlaubt“, denn das Telemedienangebot darf im Falle einer positiven Entscheidung ohnehin erst nach der Prüfung des Verfah-

³⁴⁷ Kopp/Schenke, Vorb. § 40 VwGO, Rn. 6.

³⁴⁸ Puttfarcken, S. 65.

³⁴⁹ Pietzcker in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 43 VwGO, Rn. 26.

³⁵⁰ Pietzcker in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Vorb. § 42 VwGO, Rn. 17.

rens und der Veröffentlichung der Angebotsbeschreibung durch die Rechtsaufsichtsbehörde verbreitet werden.³⁵¹ Das durch den Rundfunkrat gefundene Ergebnis des Dreistufentests könnte insoweit als eine unselbständige Vorfrage bewertet werden, die kein Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO begründete.³⁵² Eine Feststellungsklage seitens des Intendanten schiede damit aus.

Dieses Ergebnis ist kann indes nicht ohne Kritik bleiben. Die vorstehende Argumentation übersieht in der Klassifikation des Prüfungsergebnisses des Rundfunkrates als (lediglich) abstrakte Antwort auf eine Rechtsfrage, dass der Entscheidung des Rundfunkrates tatsächlich inhaltliche Aspekte innewohnen, aus denen ganz konkrete Auswirkungen auf Seiten des Intendanten erwachsen.

Der Prüfungsgegenstand des Verfahrens im Rundfunkrat bezieht sich stets auf ein konkretes Telemedienkonzept, es geht also im Regelfall um ein nachvollziehbar konkretisiertes Interesse des Intendanten, nämlich jenes an der Veranstaltung eines individualisierten Telemedienangebots.

Streitig wird im Rahmen eines Dreistufentestverfahrens zwar eine verfahrensrechtliche Vorfrage, weil zur konkreten Umsetzung eines genehmigten Telemedienkonzeptes noch die Prüfungsentscheidung der Rechtsaufsicht erforderlich ist (§ 11f Abs. 7 RStV). Jedoch handelt es sich um eine Entscheidung, die sich unmittelbar auf die Programmkompetenz des Intendanten auswirkt, der in seiner Entscheidung, was seitens der Rundfunkanstalt an Telemedien veranstaltet wird und was nicht³⁵³, eingeschränkt wird, soweit der Rundfunkrat ein konkretes Telemedienkonzept zurückweist. Soweit der Intendant nachvollziehbare rechtliche Einwände gegen eine solche Entscheidung formulieren kann, lässt sich ein individualisiertes Rechtsinteresse erblicken, das sich auf die verfassungsmäßige Organzuständigkeit des Intendanten als „Herr des Programms“ berufen kann.

³⁵¹ Begründung, S. 23.

³⁵² Kopp/Schenke, § 43 VwGO, Rn. 13.

³⁵³ Peters, Öffentlich-rechtliche Onlineangebote, 2010, Rn. 373.

Diese Rechtsposition hat wegen ihres verfassungsbasierten Hintergrunds durchaus die Qualität, mit einem subjektiven Recht im Außenverhältnis gleichgesetzt zu werden. Die Feststellungsklage ist daher für die Situation der Interessenkollision zwischen Rundfunkrat und Intendant, wenn der Intendant sich gegen eine negative Entscheidung in einem Dreistufentestverfahren wehren will, eine geeignete Klageart.

Für die umgekehrte Situation, dass der Rundfunkrat die Auffassung vertritt, der Intendant einer Rundfunkanstalt habe ein Dreistufentestverfahren durch die Vorlage eines Telemedienkonzeptes einzuleiten, dies aber nicht tut, gelten zunächst dieselben Grundüberlegungen, wie zuvor.

Auch hier ist ein Rechtsverhältnis zwischen den Organen der Rundfunkanstalt vor dem Hintergrund denkbar, dass dem Rundfunkrat die Aufgabe der programmlichen Kontrolle obliegt, die er auch initiativ wahrzunehmen hat. Gäbe es also – außerhalb der von der Bestandskontrolle – bereits eine programmliche Veranstaltung in Form eines Telemedienangebots und wäre der Rundfunkrat der Auffassung, dieses Angebot entspreche nicht dem Auftrag der Rundfunkanstalt, berührte dies die Rechtsstellung des Rundfunkrates als Aufsichtsorgan.

Allerdings darf nicht übersehen werden, dass für die geschilderte Situation in der funktionalen Zuständigkeit des Rundfunkrates bereits ein gewisses Rechtsschutzverfahren innewohnt. Der Rundfunkrat könnte ein aufsichtsrechtliches Verfahren einleiten und dem Intendanten unter Verwendung der dem Rundfunkrat zufallenden Aufsichtsmittel z.B. eine Weisung dahin erteilen, die notwendige Antragstellung auf Durchführung eines Dreistufentestverfahrens vorzunehmen bzw. zu diesem Zweck ein Telemedienkonzept vorzulegen. Diese Maßnahme ließe sich durch den Rundfunkrat mit dem Hinweis auf den ansonsten einschlägigen Rechtsverstoß seitens des Intendanten begründen. Eine Feststellungsklage wäre vor diesem Hintergrund unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität zumindest bis

zur Aus- bzw. Erschöpfung der dem Rundfunkrat zustehenden aufsichtsrechtlichen Mittel wohl unzulässig.

b) Leistungsklage

Der Leistungsklage dürfte, soweit sie in vorliegendem Zusammenhang nicht bereits aus Gründen der Subsidiarität nach § 43 Abs. 2 VwGO als unzulässig angesehen wird³⁵⁴, unter Berücksichtigung der obigen Erwägungen in beiden zu Grunde gelegten Situationen ein Rechtsschutzbedürfnis zugeschrieben werden.

Es ist jedoch fraglich, inwieweit sich ein Anspruch des Intendanten auf eine bestimmte Handlungsweise des Rundfunkrates begründen lässt. In der dargestellten Ausgestaltung des Verfahrens birgt dessen Ablauf diverse Freiheiten seitens des Rundfunkrates, (Teil-)Entscheidungen durch Ausübung pflichtgemäßen Ermessens zu treffen, bzw. Beurteilungsspielräume wahrzunehmen. Vor diesem Hintergrund wäre die konkrete Darlegung einer Ermessensreduktion gen Null gleichermaßen eine Herausforderung, wie die Darlegung eines bestehenden Anspruchs auf ein differenziertes Handeln, namentlich ein bestimmtes Prüfungsergebnis, im Rahmen von Beurteilungsfehlern. Die erfolgreiche Gestaltung einer Leistungsklage erscheint daher unwahrscheinlich unter diesen gegebenen Voraussetzungen.

Anders im Falle des klagenden Rundfunkrates. Soweit der Intendant die zuvor erschöpften Aufsichtsmittel ignoriert und ein Telemedienangebot trotz der geltend gemachten Bedenken des Rundfunkrates weiterhin veranstaltet, wäre ein Anspruch denkbar, der sich aus den gesetzlichen Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages unmittelbar ableiten ließe.

c) Bewertung

Diese Konstellationen bzw. Konfliktlagen dürften in der Praxis bei realistischer Betrachtung jedoch selten auftreten, denn, soweit er-

³⁵⁴ so *Schenke*, § 10, Rn. 420; *Kopp/Schenke*, § 43 VwGO, Rn. 28; anders BVerwG, NJW 1997, 2534, 2535.

sichtlich, haben die Verläufe der Testverfahren und bisherigen förmlichen Dreistufentests keine für die Rundfunkanstalten negativen Entscheidungen ergeben.

Darüber hinaus ist kein Fall bekannt geworden, in dem der Intendant sich widerrechtlich der Durchführung eines Dreistufentestverfahrens widersetzt hätte. Allenfalls im Falle des NDR hat es Diskussionen darüber gegeben, ob das Telemedienkonzept für „tagesschau.de“ in seiner präsentierten Form möglicherweise zu weitreichend auch Angebotsformen umfasst hat, die aufgrund ihrer Eigenheiten in einem eigenen Dreistufentestverfahren hätten Gegenstand einer gesonderten Prüfung werden sollen.³⁵⁵

Ohne Präjudiz für zukünftige Verfahren zu nehmen, stellt dieser Befund jedenfalls ein Indiz für die praktizierte Qualität der Verfahren und die Gewissenhaftigkeit der Aufgabenwahrnehmung allenthalben dar. Zum anderen werden die Rundfunkräte und Intendanten der Rundfunkanstalten zurückhaltend sein, um wechselseitig eine offene Auseinandersetzung zu vermeiden, denn eine gerichtliche Auseinandersetzung im Wege des Organstreits wäre ein gefundenes Fressen für Kritiker des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, oder jedenfalls jener der Dreistufentest-Vorschriften und ihrer praktischen Anwendung. Andererseits würde ein entsprechendes Verfahren sicher zugleich all jene verstummen lassen, die im Vorfeld des Dreistufentests z.B. die Unabhängigkeit der Rundfunkräte als eigenständige Kontrollorgane zu diskreditieren versucht haben.³⁵⁶ Wegen ihrer hier als gering prognostizierten praktischen Relevanz wird diese Konstellation prozessualer Streitverfahren im Folgenden nicht weiter geprüft werden.

³⁵⁵ Dies gilt insbesondere für die Veranstaltung der „tagesschau-App“, die in dem Telemedienkonzept für „tagesschau.de“ lediglich als ein diversifizierter Ausspielweg des Inhalts von „tagesschau.de“ Erwähnung gefunden hat.

³⁵⁶ Vgl. z.B. VPRT online unter <http://www.vprt.de/verband/presse/pressemitteilungen/content/scharfe-kritik-des-vprt-ndr-rundfunkratsposition-zu-tagess?c=4> (2.7.13).

II. Streitverfahren der Rundfunkanstalt

Weiter kommt die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt als solche, vertreten durch den Intendanten, als Kläger in Betracht.

1. Gegen andere Anstalten

a) Konfliktlage

Zumindest eine theoretische Möglichkeit für die Erhebung einer verwaltungsgerichtlichen Klage seitens einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt gegen eine andere besteht, soweit Gegenstand des Dreistufentestverfahrens ein gemeinschaftliches Telemedienangebot der ARD ist. Für die Durchführung eines Dreistufentestverfahrens für ein ARD-Gemeinschaftsangebot von Telemedien gilt die insoweit gesondert erlassene Richtlinie der Gremienvorsitzendenkonferenz.³⁵⁷

Demnach gilt für die Veranstaltung von ARD-Gemeinschaftsangeboten und für das Dreistufentestverfahren das Prinzip der federführenden Anstalt. Federführend ist eine Anstalt für ein ARD-Gemeinschaftsangebot, sofern sie durch die Intendantinnen und Intendanten der beteiligten Anstalten entsprechend beauftragt ist.³⁵⁸ Gemäß Ziff. II. (8.) koordiniert die Gremienvorsitzendenkonferenz die möglichst zügige Beratung in den Gremien der Landesrundfunkanstalten im Sinne des § 5a der ARD-Satzung. Auf der Grundlage der Beratungsergebnisse aus den Gremien der Landesrundfunkanstalten gibt die Gremienvorsitzendenkonferenz eine Beschlussempfehlung an den Vorsitzenden des Rundfunkrats der für das gegenständliche Telemedienangebot federführenden Rundfunkanstalt ab, insoweit haben die Voten der an dem ARD-Gemeinschaftsangebot von Telemedien nicht federführend beteilig-

³⁵⁷ ARD-Genehmigungsverfahren für neue oder veränderte Gemeinschaftsangebote von Telemedien vom 25.11. 2008, online abrufbar unter <http://www.ard.de/intern/gremienvorsitzendenkonferenz-der-ard/rechtsgrundlagen/-/id=2420960/property=download/nid=1026786/ep28hk/ARD-satzung.pdf.pdf> (12.4.12).

³⁵⁸ Federführend für die Angebote des Kinderkanals („kika.de“) ist beispielsweise der MDR; federführend für die Angebote von ARD-Aktuell („tagesschau.de“) ist beispielsweise der NDR; für „boerse.ard.de“ der HR.

ten Rundfunkanstalten empfehlenden Charakter. Soweit eine nicht federführend beteiligte Rundfunkanstalt das von ihr durch ihr entsprechendes Gremium abgegebene Votum zu dem ARD-Gemeinschaftsangebot von Telemedien nicht in ausreichendem Maße in der Entscheidung des federführenden Gremiums berücksichtigt wiederfindet, könnte ein gerichtliches Vorgehen gegen die schließlich durch das Gremium der federführenden Anstalt getroffene Entscheidung im Dreistufentestverfahren erwogen werden.

b) Prozessvoraussetzungen

Hinsichtlich der Prozessvoraussetzungen für eine insoweit beschriebene verwaltungsgerichtliche Klage gelten die vorstehend im Rahmen der Untersuchung des Organstreitverfahrens gefundenen Ergebnisse entsprechend.

Auch in dem hier zu untersuchenden Zusammenhang ist zunächst festzustellen, dass die Entscheidung eines Rundfunkrates zum inhaltlichen Abschluss eines Dreistufentestverfahrens ihrer Qualität nach nicht als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist. Die möglichen Klagearten beschränken sich daher wiederum auf die Möglichkeit der Feststellungs-, bzw. der allgemeinen Leistungsklage. Dies gilt trotz Berücksichtigung des Umstandes, dass anders als im Organstreitverfahren zwischen dem Intendanten und dem entscheidungsberufenen Gremium derselben Rundfunkanstalt im vorliegenden Zusammenhang selbstständige Prozessparteien beteiligt wären. Es stünden sich in einem etwaigen Rechtsstreit Gremien von verschiedenen Rundfunkanstalten gegenüber. Deren verfahrensorganisatorisch organisiertes Zusammenwirken auf der Grundlage der ARD-Satzung unter Hinzuziehung weiterer Gremien, wie der Gremienvorsitzendenkonferenz³⁵⁹ schafft keine hinreichende Organisationsstruktur zur Annahme eines Organstreitverfahrens.

³⁵⁹ Vgl. § 5a der ARD-Satzung: „Abs. 1: Die Konferenz der Gremienvorsitzenden (GVK) koordiniert die Gremien der ARD durch die Rundfunkräte und Verwaltungsräte der Landesrundfunkanstalten und berät die Gegenstände der Hauptversammlungen der ARD“.

Die Beteiligten an einem etwaigen Prozessverhältnis wären in jedem Falle rechtlich selbstständige juristische Personen und nicht Organe einer selben. Die in diesem Zusammenhang ferner relevante Frage, in wie weit der Rundfunkrat, als im vorliegenden Zusammenhang allein betroffenes Gremium einer der nicht federführenden Rundfunkanstalten, möglicherweise eigene Rechtspersönlichkeit vorweist, um ein Prozessverhältnis der hier behandelten Art selbstständig auszuführen, oder es sich des Intendanten seiner Rundfunkanstalt zu diesem Zwecke bedienen müsste, soll an dieser Stelle offen bleiben.

c) Bewertung

Dies vor dem Hintergrund, dass die bis hierher beschriebenen prozessualen Situationen erwartungsgemäß keine Praxisrelevanz haben. Insbesondere die ARDinternen Entscheidungsfindungsmechanismen und die Koordination der Zusammenarbeit der beteiligten Rundfunkräte durch die Gremienvorsitzendenkonferenz, die auch für das Dreistufentestverfahren institutionalisiert ist, bieten ausreichend Raum und Gelegenheit zur Ausräumung etwaiger Konflikte, so dass nicht mit einer gerichtlichen Eskalation zu rechnen ist.

2. Gegen die Entscheidung der Rechtsaufsicht

Soweit die Rechtsaufsichtsbehörde die Veröffentlichung des Telemedienangebots nicht vornimmt, könnte der Klageweg für die betroffene Rundfunkanstalt eröffnet sein.³⁶⁰

a) Konfliktlage

Dieser Ausgangslage könnte zugrunde liegen, dass die Behörde in ihrer Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, dass Verfahrensfehler im Dreistufentest vorliegen oder dass der Rundfunkrat im Rahmen des aus der schriftlichen Begründung Ersichtlichen nicht alle ihm bekannt gewordenen, prüfungs- und entscheidungsrelevanten Aspekte berücksichtigt hat, und dieses Prüfungsergebnis durch Verweigerung der Veröffentlichung der Angebotsbeschreibung manifestiert.

³⁶⁰ so auch *Jahn*, S. 115.

Die Rundfunkanstalt würde dann die Vornahme eines Verwaltungshandels begehren, das einen Verwaltungsakt darstellt.

b) Prozessvoraussetzungen

aa) Statthafte Klageart

Welche Klageart der VwGO statthaft ist, richtet sich gemäß § 88 VwGO nach dem Begehren des Klägers. Das Rechtsschutzbegehren der Rundfunkanstalt richtet sich auf die Vornahme des Betrauungsakts durch die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde, welche sich als Verwaltungsakt darstellen muss. Aus Sicht des Klägers soll folglich die Verbreitung des konkreten Telemedienangebots „erlaubt“ werden.

Die Verpflichtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 2. Fall VwGO ist eine Unterart der allgemeinen Leistungsklage und hat die Verpflichtung des Prozessgegners zum Erlass eines abgelehnten, regelmäßig beantragten Verwaltungsakts zum Ziel.³⁶¹ Insoweit schließt die Verpflichtungsklage andere Klagearten aus.³⁶²

Gemäß § 35 Satz 1 VwVfG ist ein Verwaltungsakt jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Sowohl die Prüfung des Verfahrens als auch der Veröffentlichungsakt selbst sind hoheitliche Maßnahmen, also einseitiges und zweckgerichtetes Handeln, getroffen von einer Behörde³⁶³, nämlich der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde. Die Maßnahme bezieht sich jeweils auf den Einzelfall des jeweiligen neuen oder geänderten Telemedienangebots, das den Prüfungsgegenstand des Dreistufentests darstellt, und dessen Konformität mit dem Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die Rechtsgrundlage im Rah-

³⁶¹ Kopp/Schenke, § 42 VwGO, Rn. 6.

³⁶² Kopp/Schenke, § 42 VwGO, Rn. 13.

³⁶³ Fehling/Kastner/Wahrendorf, § 35 VwVfG, Rn. 81.

men des RStV ist dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Das begehrte Verwaltungshandeln ist ein Verwaltungsakt.³⁶⁴

Nach der Rechtsnatur der Verpflichtungsklage und aus dem Regelungskonzept der VwGO ist für die Statthaftigkeit einer Verpflichtungsklage zuvor ein Antrag auf Vornahme des begehrten Verwaltungsakts erforderlich³⁶⁵, wodurch der Kläger die Geltendmachung eines subjektiven Rechts dokumentiert. Ein Antrag ist eine empfangsbedürftige verwaltungsrechtliche Willenserklärung, die das Ersuchen an die Behörde beinhaltet, eine Verwaltungshandlung vorzunehmen.³⁶⁶ Eine ausdrückliche Antragstellung der Rundfunkanstalt auf Vornahme der Handlung ist nach § 11f Abs. 7 RStV nicht vorgesehen. Vielmehr sieht das Gesetz das Handeln der für die Rechtsaufsicht zuständigen Stelle als Verfahrensteil des Dreistufentests vor, der obligatorisch stattzufinden hat. Die Antragstellung ist indes selbst dann für die Zulässigkeit der Verpflichtungsklage erforderlich, wenn der begehrte Verwaltungsakt ohne Antrag ergehen kann oder gar von Amts wegen erlassen werden muss.³⁶⁷

Dem Grundsatz der Formfreiheit des Verwaltungsverfahrens gemäß § 10 VwVfG entsprechend, ist keine bestimmte Form für eine Antragstellung vorgesehen. Sie kann daher schriftlich, mündlich oder auf andere Weise, also auch konkludent erfolgen. Entscheidend ist, dass dem Verhalten des Antragstellers der Wille zu entnehmen ist, einen Antrag zu stellen.³⁶⁸

§ 11f Abs. 6 RStV bestimmt, dass die Rundfunkanstalt das Ergebnis der Prüfung des Rundfunkrats einschließlich seiner Begründung und der eingeholten Gutachten in gleicher Weise wie zuvor die Angebotsbeschreibung gemäß § 11f Abs. 5 RStV zu veröffentlichen hat.

³⁶⁴ Ausführlich siehe oben, 2. Kapitel, B, III., 2.

³⁶⁵ vgl. § 68 Abs. 2 VwGO und § 75 Satz 1 VwGO, die beide vom Vorliegen eines Antrags ausgehen, der abgelehnt wurde bzw. über den binnen angemessener Frist nicht entschieden wurde; *Schenke*, Rn. 260; *Fehling/Kastner/Wahrendorf*, § 42 VwGO, Rn. 31.

³⁶⁶ *Fehling/Kastner/Wahrendorf*, § 22 VwVfG, Rn. 23.

³⁶⁷ *Fehling/Kastner/Wahrendorf*, § 42 VwGO, Rn. 31.

³⁶⁸ *Fehling/Kastner/Wahrendorf*, § 22 VwVfG, Rn. 28.

Vor der Veröffentlichung sind der für die Rechtsaufsicht zuständigen Stelle alle Auskünfte zu erteilen und Unterlagen zu übermitteln, die für eine rechtsaufsichtliche Prüfung erforderlich sind (§ 11f Abs. 7 RStV). Aus Sicht der Rundfunkanstalt, die in dem Verfahren des Dreistufentests zunächst mit der Vorlage einer Angebotsbeschreibung beim Rundfunkrat eine initiale Rolle einnimmt, sodann begleitend tätig wird, soweit das Prüfungsergebnis des Rundfunkrats durch sie zu veröffentlichen ist, stellt die Einbeziehung der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde abschließend wiederum einen initiativen Akt dar, der letztlich zur gewünschten Betrauung mit dem Telemedienangebot führen soll. Diese Absicht manifestiert sich in der pflichtgemäßen Übermittlung der für die rechtsaufsichtliche Prüfung erforderlichen Unterlagen. Zudem sind Anträge seitens des Empfängers auslegungsfähig.³⁶⁹ Die Übermittlung der für die Prüfung der Rechtsaufsichtsbehörde erforderlichen Unterlagen und Auskünfte ist nicht anders als ein konkludenter Antrag an die Behörde, überhaupt eine Prüfung des Verfahrens und seines Ergebnisses vorzunehmen und eine Entscheidung zu fällen, zu verstehen, um die dem Grunde nach durch die Rundfunkanstalt begehrte „Erlaubnis“ zur Verbreitung des Telemedienangebots zu erlangen.

Wird diese „Erlaubnis“ durch Nichtvornahme des Betrauungsakts letztlich nicht erteilt, wird dadurch zugleich dem durch die Rundfunkanstalt gestellten, konkludenten Antrag nicht entsprochen.

Die Verpflichtungsklage ist statthaft.

bb) Klagebefugnis

Für die Verpflichtungsklage ist klagebefugt, wer ein subjektives Recht auf Erlass eines Verwaltungsakts haben kann. Die Ablehnung eines Verwaltungsakts ist rechtswidrig, wenn der Kläger einen Anspruch auf ihn hat.³⁷⁰ Voraussetzung eines Anspruchs ist das Vorliegen eines Rechtssatzes, der die Verwaltung objektiv zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen verpflichtet und dass diesem Rechtssatz ein subjektiv-rechtlicher Gehalt zukommt. Ob es ein sol-

³⁶⁹ Fehling/Kastner/Wahrendorf, § 22 VwVfG, Rn. 32.

³⁷⁰ Fehling/Kastner/Wahrendorf, § 42 VwGO, Rn. 61.

ches Recht gibt, ist in erster Linie nach den verfassungskonform auszulegenden Normen des einfachen Rechts unter Anwendung der Schutznormtheorie zu entscheiden.³⁷¹ Nach dieser hängt die Anerkennung subjektiver öffentlicher Rechte vom Vorliegen eines Rechtssatzes ab, der nicht nur im öffentlichen Interesse erlassen wurde, sondern – zumindest auch – dem Schutz der Interessen Einzelner, namentlich jener des Klägers, zu dienen bestimmt ist.³⁷²

Es kommt daher darauf an, ob die Regelung des § 11f Abs. 7 RStV als Grundlage für einen Anspruch der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt auf Erlass des begehrten Verwaltungsakts objektiv und subjektiv herangezogen werden kann. Diesbezüglich ist zunächst mit Blick auf die normierte Rechtsfolge festzustellen, dass die Vorschrift der Verwaltung hinsichtlich der Veröffentlichungspflicht ein Handeln in Form einer gebundenen Entscheidung auferlegt. Ist die vorhergehende Prüfung im Ergebnis ohne Befund, „ist“ die Angebotsbeschreibung zu veröffentlichen, womit die Betrauung der Rundfunkanstalt mit dem konkreten Angebot erfolgt und es verbreitet werden kann.³⁷³ Adressat des Betrauungsakts kann nur die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt sein.

Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten können sich auf die Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG als Abwehrrecht und damit als subjektives Recht auch im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO berufen, soweit es um die in diesen Grundrecht geschützte Tätigkeit geht.³⁷⁴ Die Rundfunkfreiheit umfasst für die Rundfunkanstalten inhaltlich das Recht, autonom über die Programmveranstaltung und -auswahl zu entscheiden. Dies umfasst auch Telemedienangebote. Bewegt sich die Rundfunkanstalt mit einem Telemedienangebot im Rahmen des ihr erteilten Auftrags, besteht kein Grund, sie in ihrer Tätigkeit der Verbreitung des programmlichen Angebots zu hindern. Sie hat damit einen aus der Rundfunkfreiheit folgenden Anspruch auf die Betrauung durch die Rechtsaufsichtsbehörde mit dem konkreten

³⁷¹ Schenke, Rn. 498.

³⁷² Statt vieler: Fehling/Kastner/Wahrendorf, § 42 VwGO, Rn. 59.

³⁷³ Begründung S. 23

³⁷⁴ Jarass/Pieroth, Art. 19 GG, Rn. 26.

Angebot, mithin ein subjektives Recht. Unter der Voraussetzung, dass der Rundfunkrat das Verfahren des Dreistufentests fehlerfrei durchgeführt hat, besteht also ein Anspruch der Rundfunkanstalt auf Vornahme des Betrauungsakts. Ist diese Frage im Rahmen einer Auseinandersetzung streitig, besteht jedenfalls die für die Klagebefugnis ausreichende Möglichkeit eines Anspruches fort. Eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt ist folglich klagebefugt.

cc) Vorverfahren

Ein Vorverfahren ist gemäß § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 2. Fall VwGO aufgrund gesetzlicher Ausnahmeregelung entbehrlich, da der Betrauungsakt durch die zuständige Landesregierung als für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde erlassen wird, mithin einer obersten Landesbehörde.

dd) Form/Frist

Es sind die Vorgaben der §§ 74, 81, 82 VwGO zu beachten. Hinsichtlich des Beginns der Klagefrist ist beachtlich, ob die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde eine Entscheidung über ihr Prüfungsergebnis mitteilt, oder nicht.

Sollte lediglich der Betrauungsakt nicht erfolgen, was sich nach außen für die Rundfunkanstalt nicht als Entscheidung erkennen lässt, könnten die Vorgaben des § 75 VwGO einschlägig sein. Zu erwarten ist indes in jedem Fall eine begründete Übermittlung der Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde an die Rundfunkanstalt, auch um der verfahrensimmanenten Transparenz gerecht zu werden, die jedenfalls aus den §§ 11f Abs. 4 bis 6 RStV als Gesetzgebers Wille zu erkennen ist. Im Falle des Dreistufentests zum Telemedium „tageschau.de“ beispielsweise übersandte die Niedersächsische Staatskanzlei dem NDR einen Bescheid mit einer ausführlichen Stellungnahme zu den vorgenommenen Prüfungen.³⁷⁵

³⁷⁵ Schreiben der Niedersächsischen Staatskanzlei vom 17.8.10 an den NDR, vorgelegt im Rahmen der gerichtlichen Auseinandersetzung bei dem LG Köln, 31 O 360/11, als Anlage B 13.

ee) Klagegegner

Gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gilt das so genannte Rechtsträgerprinzip, aufgrund dessen eine verwaltungsgerichtliche Klage gegen den Rechtsträger jener Behörde zu richten ist, die den streitgegenständlichen Verwaltungsakt erlassen bzw. nicht erlassen hat.³⁷⁶ Beachtlich ist jedoch § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, der bestimmt, dass je nach einschlägigem Landesrecht bestimmt sein kann, dass die Klage gegen die Behörde selbst, die den streitgegenständlichen Verwaltungsakt erlassen bzw. nicht erlassen hat, zu richten ist. Es ist folglich in jedem Einzelfall das einschlägige Landesrecht zu prüfen.³⁷⁷

ff) Rechtsschutzbedürfnis

Nur derjenige, der ein rechtsschutzwürdiges Interesse verfolgt, hat einen Anspruch auf eine Sachentscheidung des Gerichts. Beim Fehlen eines solchen Interesses ist das prozessuale Begehren als unzulässig abzuweisen.³⁷⁸ Gründe für ein Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses sind hier nicht ersichtlich.

c) Zwischenergebnis

Die Verpflichtungsklage einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt auf Erlass eines den Betrauungsakt darstellenden Verwaltungsakts wäre zulässig.

d) Begründetheit

Die Verpflichtungsklage ist begründet, soweit der Kläger durch die rechtswidrige Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 5 VwGO). Dies ist regelmäßig der Fall, soweit ein Anspruch auf das begehrte Verwaltungshandeln besteht.

³⁷⁶ Kopp/Schenke, § 78 VwGO, Rn. 3.

³⁷⁷ Vgl. insbesondere das Landesrecht von Brandenburg, Nordrhein-Westfalen, Mecklenburg-Vorpommern, Saarland, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein, das relevante Regelungen enthält.

³⁷⁸ Kopp/Schenke, Vorb. § 40 VwGO, Rn. 30.

aa) Anspruchsgrundlage

Die Anspruchsgrundlage für den begehrten Verwaltungsakt ist § 11f Abs. 7 RStV, im Lichte der Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und in Verbindung mit § 11f Abs. 4, 5 und 6 RStV.

bb) Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage

Gemäß § 11f Abs. 7 RStV muss erstens das Verfahren nach Abs. 5 und 6 abgeschlossen sein und zweitens die Prüfung durch die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde erfolgt sein, bevor überhaupt ein Anspruch auf die Veröffentlichung der Angebotsbeschreibung bestehen kann.

Es handelt sich zunächst um eine formale Voraussetzung. Die Behörde prüft die Einhaltung der Verfahrensschritte und darüber hinaus inhaltlich die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben.³⁷⁹ Kommt sie zu dem Ergebnis, dass das neue Angebot dem gesetzlichen Auftrag entspricht, ist das Telemedienkonzept im jeweiligen amtlichen Verkündungsblatt zu veröffentlichen. Mit der Veröffentlichung kann das Angebot verbreitet werden.³⁸⁰ Ob die Behörde die inhaltliche Prüfung fehlerfrei vornimmt, ist wegen des Bedingungscharakters für die Veröffentlichungshandlung bestimmend für das Bestehen eines Anspruchs der Rundfunkanstalt auf Vornahme des Betrauungsakts. Um diese Frage zu beantworten, sind die nähere Betrachtung des Prüfungsgegenstands sowie eine Bewertung des Prüfungsumfangs der rechtsaufsichtlichen Prüfung erforderlich.

Zunächst wäre schlüssiger Vortrag erforderlich zu den Umständen, dass das Verfahren eingehalten wurde und dass das gegenständliche Telemedienangebot in Übereinstimmung mit der Entscheidung des Rundfunkrats vom öffentlichen Auftrag der Rundfunkanstalt umfasst ist und keine Beurteilungsfehler seitens des Rundfunkrats hinsichtlich dieses Prüfungsergebnisses vorliegen.

³⁷⁹ Begründung, S. 23.

³⁸⁰ Begründung, S. 23.

Die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde lebt von der strikten Einhaltung der durch die verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift vorgegebenen, beschränkten Prüfungskompetenz der Rechtsaufsichtsbehörde vor dem Hintergrund der durchaus problematischen Widersprüchlichkeit der Norm zu den verfassungsmäßigen Grundsätzen der Staatsferne des Rundfunks und der Subsidiarität der staatlichen Aufsicht.³⁸¹

Argumentiert die klagende Rundfunkanstalt, der Fehler in der Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde, die Betrauung nicht vorzunehmen, beruhe gerade auf einer Überschreitung ihrer Prüfungskompetenzen, z.B. weil die Rechtsaufsichtsbehörde die Verweigerung des Betrauungsakts ihrerseits damit begründet, die vorliegende Angebotsbeschreibung entspreche aus inhaltlichen Erwägungen, etwa aus der Wertung bestimmter, im Verfahren vorgelegter Gutachten oder Stellungnahmen, nicht dem öffentlichen Auftrag der Rundfunkanstalt, ist eine Verletzung der Rundfunkfreiheit durch die Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde greifbar, weil der die Begründung tragende Umstand in den Bereich der Beurteilungsfreiheit des Rundfunkrats fällt. Damit wäre die Ablehnung des Antrags auf Vornahme des Betrauungsakts rechtswidrig, der Anspruch auf Erlass desselben begründet.

e) Rechtsfolge

§ 11 Abs. 7 RStV sieht eine gebundene Entscheidung hinsichtlich des tatsächlichen Elements der Veröffentlichung der Angebotsbeschreibung vor. Das rechtliche Element, die durch die Rechtsaufsichtsbehörde vorzunehmende Prüfung, hat obligatorisch als Verfahrensbestandteil stattzufinden. Der Rechtsaufsichtsbehörde steht kein Entschließungsermessen zu.

f) Ergebnis

Die Verpflichtungsklage kann begründet sein.

³⁸¹ Vgl. Kapitel 2.

III. Streitverfahren Dritter

Der in der Rechtspraxis wohl wahrscheinlichste Fall einer gerichtlichen Auseinandersetzung findet statt mit öffentlich-rechtlichen und privaten Beteiligten, deren Telemedienangebote miteinander publizistisch konkurrieren.

Selbstverständlich liegt es im Interesse eines privaten Rundfunk- bzw. allgemeiner Medienunternehmens, im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung anlässlich der Betrauung einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt mit einem bestimmten Telemedienangebot auch die für den Betrauungsakt entscheidungserheblichen Erwägungen des Rundfunkrates im Rahmen des Dreistufentests, insbesondere der zweiten Stufe, justiziabel zu machen.

Das prozessuale Szenario könnte sich zum Beispiel so darstellen, dass ein privates Medienunternehmen ein gleiches oder ähnliches Telemedienangebot im Internet anbietet, wie durch ein öffentlich-rechtliches Haus beabsichtigt und das aufgrund dessen Betrauung als Ergebnis des Dreistufentest-Verfahrens, sein eigenes Angebot nicht mehr wirtschaftlich fortführen kann.

Denkbar wäre, dass im privaten Modell ein Telemedienangebot für Kinder gegen Entgelt in Form eines Clubbeitrags durch die Eltern finanziert wird und ein öffentlich-rechtlicher Sender ein inhaltlich vergleichbares Kinder-Angebot ohne entgeltliche Clubmitgliedschaft anbietet, weil er auf diese Einnahmen aufgrund der Gebührenfinanzierung nicht angewiesen ist. Eine entsprechend begründete Behauptung des privaten Veranstalters, der Betrauungsakt, der das öffentlich-rechtliche Angebot ermöglicht, sei z.B. aufgrund in dem vorangegangenen Prüfungsverfahren falsch erfolgter Würdigung der marktlichen Auswirkungen rechtswidrig, ist nicht völlig von der Hand zu weisen.

1. Konfliktlage

Die Konfliktlage für ein durch einen aus Sicht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt Dritten angestregtes Streitverfahren liegt in naheliegender Weise in einem Angriff eines privaten Rundfunkveranstalters oder eines Presseunternehmens oder sonstigen

Medienhauses auf den Betrauungsakt durch die für die Rechtsaufsicht zuständige Stelle. Durch diesen Rechtsakt wird die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt förmlich mit der Veranstaltung des bestimmten Telemedienangebotes beauftragt, ihr die Durchführung des Onlineangebots gestattet.

In der im Rahmen des Dreistufentestverfahrens zu betrachtenden Gemengelage verschiedener Marktinteressen ist der Fall wahrscheinlich, dass sich ein privatrechtlich organisierter und damit nicht von den Rundfunkgebühren profitierender Marktteilnehmer an der Veranstaltung eines Telemedienangebotes durch einen öffentlich-rechtlichen „Konkurrenten“ stört.³⁸²

Ein Weg zur Unterbindung eines missliebigen Telemedienangebots eines öffentlich-rechtlichen Mitbewerbers kann daher unter Zuhilfenahme verwaltungsprozessualer Rechtsbehelfe in der Beseitigung des staatlichen Betrauungsaktes des öffentlich-rechtlichen Telemedienanbieters liegen.

Die Voraussetzungen für ein solches Vorgehen sind Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung.

2. Prozessvoraussetzungen

a) Statthafte Klageart

Die Statthaftigkeit eines verwaltungsprozessualen Rechtsbehelfs richtet sich nach § 88 VwGO, nach dem Begehren des Klägers.

Im Falle des Angriffs eines privaten Telemedienveranstalters auf die Beauftragung einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt mit der Ausführung eines bestimmten Telemedienangebotes erschöpft sich das effektive Rechtsschutzinteresse des Klägers in der Verhinderung der Gestattung der Online-Tätigkeit seines öffentlich-rechtlichen Konkurrenten. Da der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt das

³⁸² Vgl. dem Grunde nach die Motive im Rechtsstreit bei dem LG Köln, Az.: 31 O 360/11 um die Verbreitung der „tagesschau-App“.

Angebot eines Telemedienangebots, das nach den Vorschriften des RStV einen Dreistufentest durchlaufen muss, nur gestattet ist, wenn dieser „bestanden“ ist und die explizite Betrauung durch die Rechtsaufsichtsstelle erfolgt ist, ist ein erfolgreicher Angriff auf diese Betrauung und deren Aufhebung durch das Gericht, im Ergebnis dem Rechtsschutzziel des Klägers effektiv entsprechend, so dass ein Aufhebungsbegehren vorliegt.

Die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1, 1. Fall VwGO ist eine auf unmittelbare gerichtliche Umgestaltung der Rechtslage gerichtete prozessuale Gestaltungs-³⁸³klage, die diesem Begehren gerecht wird, soweit der Kläger die vollständige oder teilweise Aufhebung des Verwaltungsakts begehrt.³⁸⁴ Sie setzt voraus, dass sich die Verwaltung eines Verwaltungsakts als Handlungsform bedient³⁸⁵, was hier der Fall ist.

b) Klagebefugnis

Der Adressat eines Verwaltungsakts kann sich stets auf die Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG berufen.³⁸⁶ Das Verwaltungsprozessrecht knüpft die Frage der Klagebefugnis an die Möglichkeit der Verletzung eines subjektiven Rechts. Im Sinne der Schutznormtheorie hängt die Anerkennung subjektiver öffentlicher Rechte vom Vorliegen eines Rechtssatzes ab, der nicht nur im öffentlichen Interesse erlassen wurde, sondern zumindest auch dem Schutz der Interessen des Klägers zu dienen bestimmt ist.³⁸⁷ Jedoch ist das private Medienunternehmen nicht Adressat des angegriffenen Verwaltungsakts, eine Berufung auf die Adressatentheorie scheidet daher aus.³⁸⁸ Vielmehr handelt es sich um einen der Konkurrentenklage ähnlichen Fall, in welchem eine Behörde einen Verwaltungsakt erlässt, der einen Beteiligten eines Konkurrenzverhältnisses begünstigt, einen anderen jedoch belastet. Denkbar sind Auswirkungen auf

³⁸³ Schenke, Rn. 178.

³⁸⁴ Fehling/Kastner/Wahrendorf, § 42 VwGO, Rn. 9.

³⁸⁵ Fehling/Kastner/Wahrendorf, § 42 VwGO, Rn. 2.

³⁸⁶ BVerfGE 7, 32, 37.

³⁸⁷ Fehling/Kastner/Wahrendorf, § 42 VwGO, Rn. 59, 61.

³⁸⁸ Fehling/Kastner/Wahrendorf, § 42 VwGO, Rn. 61.

die für private Rundfunkunternehmen Sinn gebende wirtschaftliche Betätigung auf dem publizistischen und dem Werbemarkt. Im Falle von Klagen Dritter ist daher zu untersuchen, ob sich der Kläger auf ein drittschützendes, subjektiv öffentliches Recht berufen kann. Als Rechte, deren Verletzung geltend gemacht werden kann, kommen einfachgesetzliche Vorschriften, insbesondere auch die Grundrechte in Betracht.³⁸⁹

aa) Drittschutz aus § 11f Abs. 7 RStV

In Betracht kommt als Quelle eines subjektiven Rechts zunächst die Vorschrift des § 11f Abs. 7 RStV selbst, die die Grundlage für das angegriffene staatliche Handeln darstellt. Die privaten Medienunternehmen sind in der rechtlichen Ausgestaltung des Verfahrens über den Dreistufentest teilweise als Verfahrensbeteiligte berücksichtigt, soweit Ihnen Rechte zur Stellungnahme und Gehör eingeräumt werden. Da die Vorschrift des § 11f Abs. 7 RStV dieses Verfahren abschließt, könnte sich ein subjektives Beteiligungsrecht auch hinsichtlich der letzten behördlichen Entscheidung ableiten lassen. Ein Schutz subjektiver Rechte kann auch aus dem systematischen Zusammenhang und dem Zweck einer Norm folgen. Dies gilt insbesondere für Normen, die der Effektivierung verfassungsrechtlich begründeter subjektiver Rechte dienen, wie hier der Rundfunkfreiheit. Diese Normen sind im Lichte der entsprechenden verfassungsrechtlichen Bestimmungen zu interpretieren.³⁹⁰ Allerdings hat der Gesetzgeber seinen Regelungswillen ausdrücklich dahin formuliert, dass die im Verfahren des Dreistufentests eingeräumten Stellungnahmemöglichkeiten für Dritte, also auch für Private, keine subjektiven Rechte generieren³⁹¹, so dass für eine weiter gehende Interpretation kein Raum bleibt.

bb) Drittschutz aus Art. 5 Abs. 1 GG

Als weitere mögliche Quelle eines subjektiven Rechts kommen die auch für private Medienunternehmen geltenden Freiheitsgarantien

³⁸⁹ Kopp/Schenke, § 42 VwGO, Rn. 78.

³⁹⁰ Schenke, Rn. 501.

³⁹¹ Begründung, S. 22; so auch einfachrechtlich geregelt z.B. in den Programmrichtlinien der ARD und in denen des NDR.

des Art. 5 Abs. 1 GG in Betracht, wenn nämlich durch den Privaten die Beeinträchtigung des publizistischen Wettbewerbs dargelegt wird, an welchem er in Konkurrenz zu den öffentlich-rechtlichen Anstalten teilnimmt.³⁹² Die Begründung eines subjektiven, drittschützenden Rechts aus dem Institut der Rundfunk- oder der Presse-Pressefreiheit eines privaten Medienunternehmens kann allerdings nur dann schlüssig sein, wenn die Beeinträchtigung des publizistischen Wettbewerbs aufgrund einer spezifischen Verletzung des § 11f Abs. 7 RStV verursacht ist. Die mögliche Rechtsverletzung hat grundsätzlich von dem Verwaltungsakt auszugehen, den der Kläger angreift.³⁹³

Zunächst ist festzuhalten, dass Internetdienste von Art. 5 Abs. 1 GG tatbestandlich originär nicht erfasst werden. Die Zuordnung von Internetformaten zu einer der Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erfolgt anhand der Verkörperung, bzw. des Verbreitungsweges des jeweiligen Angebots³⁹⁴, wobei Internetdienste im Ergebnis überwiegend der Rundfunkfreiheit zugeordnet werden.³⁹⁵ Wenngleich es Stimmen gibt, die die Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG als eine von einer Verkörperung als maßgeblichem Kriterium losgelöste, technologie- oder medienneutrale Pressefreiheit verstehen wollen³⁹⁶, ist unter dem gängigen Pressebegriff, der eben auf eine Körperlichkeit des Erzeugnisses abstellt, eine Zuordnung von Internetformaten zur Pressefreiheit derzeit nicht möglich. Jedenfalls wird aber festzuhalten sein, dass Internetformate dem Grunde nach und wohl ihrer Mehrzahl nach textbasierte Formate sind und insoweit eine zumindest bestehende Vergleichbarkeit zu Presseerzeugnissen besteht.

³⁹² vgl. BVerfG, 1. Senat, 3. Kammer, Kammerbeschluss v. 11.12.1990, Az.: 1 BvR 935/90 (zitiert nach juris), vgl. NJW 1991, 1943ff; die Entscheidung hat eine Konkurrentenklage zwischen zwei privaten Rundfunkveranstaltern zum Gegenstand, die hieraus abgeleiteten Folgerungen des Gerichts sind nach Auffassung des Verfassers jedoch auf die vorliegende Sachlage übertragbar; BVerfG, NJW 1991, 1943.

³⁹³ *Fehling/Kastner/Wahrendorf*, § 42 VwGO, Rn. 61.

³⁹⁴ *Jäkel*, AfP 2012, 224, 225.

³⁹⁵ *Bethge* in *Sachs*, Art. 5 GG Rn. 88.

³⁹⁶ *Jäkel*, AfP 2012, 224, 226 unter Verweis auf *Fiedler*, AfP 2011, 15ff; *Möllers*, AfP 2008, 241, 243.

Jedenfalls ist allein aus dem Umstand, dass eine positive Entscheidung im Dreistufentest gefallen ist, die in ihrer Konsequenz durch den Betrauungsakt wirtschaftliche Auswirkungen auf das private Medienunternehmen haben kann, die hier erforderliche Möglichkeit einer Verletzung des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 GG nicht abzuleiten, denn Maßnahmen des Staates, die sich auf die ökonomischen Rahmenbedingungen der Veranstaltung privaten Rundfunks und die in diesem Bereich bestehenden Wettbewerbsverhältnisse auswirken, stellen nicht schon allein aufgrund dieser Wirkungen eine Beeinträchtigung der grundrechtlich geschützten Rundfunkfreiheit eines im Einzelfall etwa betroffenen privaten Veranstalters dar.³⁹⁷ Ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG kann erst dann vorliegen, wenn diese ökonomischen Rahmenbedingungen anhand von Kriterien ausgestaltet werden, die sich auf den Inhalt oder das publizistische Profil des Programms beziehen, das von dem betroffenen Veranstalter angeboten wird.³⁹⁸ Im Einzelfall heißt dies, dass es tatsächlicher Anhaltspunkte dafür bedürfte, dass die angegriffene Maßnahme bestimmt und geeignet ist, nicht nur den wirtschaftlichen Spielraum, sondern auch und gerade die publizistischen Handlungsmöglichkeiten und Wirkungschancen des Klägers einzuschränken³⁹⁹, erforderlich wäre daher eine Beeinträchtigung des publizistischen Wettbewerbs.⁴⁰⁰

Soweit also durch den Kläger vorgetragen würde, es läge durch die Betrauung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt mit dem gegenständlichen Telemedienangebot eine Beeinträchtigung des publizistischen Wettbewerbs vor, weil die gegen die Betrauung sprechenden, im Verfahren des Dreistufentests eingebrachten Einwendungen in der gegenteiligen Entscheidung des Rundfunkrats nicht ausreichend Berücksichtigung gefunden hätten, könnte die Möglichkeit der Grundrechtsbeeinträchtigung und damit die Klagebefugnis angenommen werden.

³⁹⁷ BVerfG, NJW 1991, 1943ff.

³⁹⁸ BVerfG, NJW 1991, 1943ff.

³⁹⁹ BVerfG, NJW 1991, 1943ff.

⁴⁰⁰ Kopp/Schenke, § 42 VwGO, Rn. 143.

cc) *Drittschutz aus Art. 12, 14 GG*

Die Klagebefugnis könnte sich weiterhin aus der Beeinträchtigung der grundrechtlichen Schutzbereiche der Art. 12 GG sowie Art. 14 GG ergeben. Zu beachten ist allerdings, dass es vorliegend hinsichtlich des Grundrechts aus Art. 12 GG wohl an der berufsregelnden Tendenz der beeinträchtigenden Entscheidung fehlen dürfte und dass Art. 14 GG vermögenswerte Güter schützt, die dem Grundrechtsträger bereits zugeordnet sind, nicht jedoch in der Zukunft liegende, unbestimmte Verdienstmöglichkeiten und Erwerbschancen.

Da es vorliegend insbesondere um entsprechende zukünftige Erwerbschancen gehen dürfte, die sich aus der konkurrenzlosen Verbreitung des privaten Telemedienangebots ergeben, kommt eine Berufung auf Art. 12 GG und Art. 14 GG nur eingeschränkt in Betracht, nämlich in der Weise, dass in die Kombination dieser beiden Grundrechte ein Schutzgut vor Wettbewerbsbeeinträchtigungen interpretiert wird, wie Teile der Literatur vorschlagen.⁴⁰¹ Der so grundrechtlich abgeleitete Schutz des Einzelnen vor Beeinträchtigungen des wirtschaftlichen Wettbewerbs geht allerdings keinesfalls so weit, den privaten Medienunternehmer pauschal vor wirtschaftlichem Wettbewerb, auch nicht mit öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, zu schützen. Zur Aktivierung der Grundrechte bedarf es qualifizierender Sachverhaltsumstände, die dort anzunehmen sein können, wo eine Beeinflussung des Wettbewerbs durch staatliches Handeln vorliegt und dadurch die wirtschaftliche Betätigung eines Unternehmens im Verhältnis zu anderen empfindlich beeinträchtigt wird.⁴⁰² Soweit der Kläger eine entsprechend empfindliche Beeinträchtigung darlegen kann, besteht auch die Möglichkeit einer Rechtsbeeinträchtigung dieses subjektiven Rechts.

dd) *Drittschutz aus Art. 2 Abs. 1 GG*

Die Rechtsprechung kennt ebenfalls einen grundrechtlich fundierten Schutz vor Beeinträchtigungen des Wettbewerbs, allerdings hergeleitet aus Art. 2 Abs. 1 GG.⁴⁰³ Hinsichtlich der Schutzanforderungen

⁴⁰¹ So *Schenke*, Rn. 523; *Kopp/Schenke*, § 42 VwGO, Rn. 144.

⁴⁰² *Schenke*, Rn. 523.

⁴⁰³ BVerfG, NJW 1991, 1943; *Kopp/Schenke*, § 42 VwGO, Rn. 144.

ergeben sich zu der vorstehend dargestellten Herleitung keine Abweichungen. Auch das BVerfG geht vom Erfordernis einer erheblichen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten aus, um einen Schutz auszulösen. Gefordert wird auch im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung nicht allein ein objektiv rechtswidriges staatliches Handeln, sondern durch die Maßnahme bewirkte, konkrete und greifbare Einschränkungen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Betroffenen.⁴⁰⁴ Die Möglichkeit einer subjektiven Rechtsverletzung ist mithin nicht schlechthin ausgeschlossen.

c) Vorverfahren, Form/Frist, Klagegegner, Rechtsschutzbedürfnis

Das hinsichtlich der Verpflichtungsklage der Rundfunkanstalt oben Ausgeführte gilt hier entsprechend.

d) Notwendige Beiladung

Die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt, die Adressat des durch das private Rundfunkunternehmen angegriffenen Betrauungsakts ist, wäre aufgrund § 65 Abs. 2 VwGO notwendig beizuladen, da die gegebenenfalls ergehende Aufhebungsentscheidung auch ihren Rechtsinteressen gegenüber nur einheitlich ergehen kann.

e) Ergebnis

Die Dritt-Anfechtungsklage eines privaten Medienunternehmens gegen den Betrauungsakt der Rechtsaufsichtsbehörde kann zulässig sein.

2. Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit der angegriffene Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Zu beachten ist hier, dass eine Rechtsverletzung seitens des privaten Medienunternehmens

⁴⁰⁴ BVerfG, NJW 1991, 1943.

ausschließlich hinsichtlich solcher Rechtsgüter gegeben sein kann, die dem Kläger Schutz verleihen, die also drittschützend sind.

a) Ermächtigungsgrundlage

Die Ermächtigungsgrundlage für den angegriffenen Verwaltungsakt ist § 11f Abs. 7 RStV. Als Grundlage rechtmäßigen Verwaltungshandelns muss diese Ermächtigungsnorm vor allem im Lichte des Art. 5 GG verfassungsgemäß sein.

aa) Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG sichert die Rundfunkfreiheit zur Gewährleistung der Informationsfreiheit und der Demokratie, als eine der freien, individuellen und öffentlichen Meinungsbildung dienende Freiheit.⁴⁰⁵ Die Rundfunkfreiheit ist schlechthin konstituierend für die freiheitliche, demokratische Grundordnung.⁴⁰⁶ Träger des Grundrechts sind alle natürlichen und juristischen Personen, die eigenverantwortlich Rundfunk veranstalten und verbreiten.⁴⁰⁷ Dazu gehören die vom Staat unabhängigen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.⁴⁰⁸

Die Rundfunkanstalten dienen durch ihre Programmtätigkeit als Medium und Faktor eines öffentlichen Meinungsbildungs- und Kommunikationsprozesses⁴⁰⁹ und damit der Verwirklichung des Grundrechts der Rundfunkfreiheit, treuhänderisch für alle Teilnehmer an einer demokratischen und im Sinne des Grundgesetzes offenen Gesellschaft.⁴¹⁰ Sie dürfen nicht einem einseitig beherrschenden Einfluss ausgesetzt, gleichsam einer oder wenigen gesellschaftlich relevanten Gruppen allein ausgeliefert werden. Sie nehmen eine Sonderstellung ein⁴¹¹, denn sie sind organisatorischer

⁴⁰⁵ BVerfGE 57, 295, 320; 73, 118, 159f.; 74, 297, 323f.; 83, 238, 322; 87, 181, 197; 90, 60, 87; 95, 220, 236 st. Rspr.

⁴⁰⁶ BVerfGE 77, 65, 74; 107, 299, 329.

⁴⁰⁷ Jarass/Pieroth, Art. 5 GG, Rn. 41.

⁴⁰⁸ BVerfGE 31, 314, 322; 59, 231, 254.

⁴⁰⁹ BVerfGE 12, 206, 260; 57, 295, 320, st. Rspr.

⁴¹⁰ So auch Dörr, Deutsche Welle, S. 22, 23.

⁴¹¹ Dörr, Deutsche Welle, S. 23, m.w.N.

Ausdruck grundrechtlicher Freiheit und trotz ihrer Rechtsnatur als juristische Personen des öffentlichen Rechts staatsferne Einrichtungen, die dem grundrechtsgeschützten Lebensbereich der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zuzuordnen sind.⁴¹² Die Rundfunkfreiheit bedeutet für die Rundfunkanstalten daher vor allem Staatsfreiheit.⁴¹³ Im System der dualen Rundfunkordnung⁴¹⁴ besteht eine Bestands- und Entwicklungsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk⁴¹⁵, auch für den durch den Dreistufentest betroffenen Bereich der Telemedien.⁴¹⁶

Der Grundsatz der Staatsferne des Rundfunks stellt damit einen hohen und besonders zu beachtenden Maßstab dar, denn die hier in § 11f Abs. 7 RStV prüfungsgegenständliche Regelung sieht ein Tätigwerden der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde für die abschließende Prüfung in jedem Einzelfall des Verfahrens für den Dreistufentest vor. Dies berücksichtigend offenbaren sich Schwierigkeiten hinsichtlich der Wahrung des Grundsatzes der Subsidiarität der staatlichen Rechtsaufsicht.

Wie bereits aufgezeigt, soll stets den anstaltsinternen Kontrollgremien Gelegenheit zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben gegeben werden. Erst wenn danach keine oder eine nur unzureichende Wahrnehmung dieser Aufgaben festzustellen ist, wobei es für das Eintreten der Rechtsaufsicht dieser Feststellung positiv bedarf, ist die Rechtsaufsicht handlungsberechtigt. Dieses Vorgehen sichert die Staatsferne des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als wesentliches Element des Grundrechts der Rundfunkfreiheit. Durch die Beschränkung auf die Rechtsaufsicht soll eine unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme im Wege staatlicher Einzelmaßnahmen auf den Inhalt von Rundfunkprogrammen verhindert werden.⁴¹⁷ Seit es im Bundesgebiet

⁴¹² Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Teil B 5, Rn. 11; Dörr, Deutsche Welle, S. 24.

⁴¹³ BVerfGE 57, 295, 320; 31, 314, 329.

⁴¹⁴ BVerfGE 73, 118, 152ff.

⁴¹⁵ BVerfGE 74, 297, 324f; 90, 60, 91; 83, 238, 299; st. Rspr.; Bethge in Sachs Art. 5 GG, Rn. 105.

⁴¹⁶ Vgl. BVerfGE 119, 181, 218.

⁴¹⁷ Dörr, Deutsche Welle, S. 25.

unabhängigen öffentlich-rechtlichen Rundfunk gibt, waren nur sehr wenige rechtsaufsichtliche Eingriffe staatlicher Behörden in die Rundfunktätigkeit zu verzeichnen. Diese Seltenheit staatlicher Aufsichtsmaßnahmen ist sicherlich der Tatsache zu verdanken, dass die anstaltsinterne Kontrolle durch die Gremien wirksam funktioniert.⁴¹⁸

Im Rahmen des Dreistufentests sieht der Gesetzgeber ein obligatorisches Eintreten der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde vor. Aspekte der Subsidiarität spielen hier folglich keine Rolle, da das Tätigwerden der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde für jeden Einzelfall formal gesetzlich vorgeschrieben ist. Ohne das Eintreten der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde ist das Verfahren des Dreistufentests nicht förmlich abzuschließen. Zudem ist mit der Entscheidung über die Verbreitung eines Telemedienangebots durch eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt eine programmbezogene Frage betroffen.

In die Rundfunkfreiheit wird eingegriffen, wenn dem Staat Einfluss auf Auswahl, Inhalt und Gestaltung der Programme gegeben wird, soweit nicht der Gesetzgeber das Grundrecht ausgestaltet.⁴¹⁹ Kein Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts liegt mithin bei Regelungen vor, durch die das Grundrecht ausgestaltet wird⁴²⁰, so wie es hier der Fall ist.

bb) Ergebnis

Die Regelung des § 11f Abs. 7 RStV stellt in ihrer konkreten Ausgestaltung und verfassungskonformen Auslegung keinen Eingriff in die Rundfunkfreiheit dar, sondern gestaltet diese in verhältnismäßiger Weise aus. Sie widerspricht weder dem Grundsatz der Subsidiarität der staatlichen Aufsicht über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, noch wird durch sie ein unzulässiger Einfluss des Staates auf Programmentscheidungen ermöglicht. Die Ausgestaltung des Dreistufentest-Verfahrens lebt verfassungsrechtlich jedoch von der strengen Beschränkung des Prüfungsumfangs der für die Rechtsauf-

⁴¹⁸ Rüggeberg, S. 110.

⁴¹⁹ BVerfGE 83, 238, 322ff.

⁴²⁰ Jarass/Pieroth, Vorb. vor Art. 1 GG, Rn. 34.

sicht zuständigen Behörde. Die durch § 11f Abs. 7 RStV etablierte Maßnahme ist eine solche eigener Art, die allein dem Abschluss des Dreistufentest-Verfahrens dient, an dessen Ende ein staatlicher Vertrauensakt stehen muss. Die Rechtswidrigkeit des streitgegenständlichen Verwaltungsakts kann nicht allein darauf gestützt werden, dass dieser keine verfassungsmäßige gesetzliche Grundlage habe und bereits dadurch das subjektive Recht des Klägers aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt sei.

b) Formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts

Zuständig für den Erlass des Verwaltungsakts ist die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde.⁴²¹ Das Verfahren ist vorgegeben durch § 11f Abs. 5, Abs. 6 und Abs. 7 RStV. Die Form der Entscheidung ist in dem tatsächlichen Element der Veröffentlichung festgelegt, gegebenenfalls ist eine Anhörung durchzuführen. Im Übrigen dürfte auch hier grundsätzlich Formfreiheit gelten.

c) Materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts

Das Handeln der Exekutive muss mit den Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage im Einzelfall im Einklang stehen und mit höherrangigen Rechtsnormen. Verstößt die Verwaltung durch den Erlass eines Verwaltungsakts dagegen, ist ihr Handeln rechtswidrig.⁴²² Das Verwaltungsgericht prüft die Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde in vollem Umfang.

Zu beachten ist, dass der materielle Prüfungsumfang der Rechtsaufsichtsbehörde aus den vorgenannten verfassungsrechtlichen Gründen beschränkt ist. Da dem Rundfunkrat zudem ein Beurteilungsspielraum bei der Beantwortung der Fragen der drei Stufen zusteht, beschränkt sich der Prüfungsumfang der Rechtsaufsicht auf die Prüfung von Beurteilungsfehlern. Ob ein solcher erkannt wurde bzw. hätte erkannt werden müssen, ist der gerichtlichen Prüfung zugäng-

⁴²¹ Problematisch könnte dieser Punkt allein für den Hessischen Rundfunk sein, da für diesen gemäß dem Gesetz über den Hessischen Rundfunk ausdrücklich keine Rechtsaufsicht stattfindet, womit sich die Beantwortung der Zuständigkeitsfrage schwierig gestalten kann.

⁴²² *Jarass/Pieroth*, Art. 20 GG, Rn. 41.

lich. Hat die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde einen vorliegenden Beurteilungsfehler nicht erkannt, ist die gleichwohl erfolgte Betrauung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt rechtswidrig.

Die für die Rechtsaufsicht zuständige Behörde hat sich, wie bereits festgestellt wurde, im Rahmen des § 11f Abs. 7 RStV auf die Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Verfahrensbestimmungen zu beschränken und ist nicht dazu berechtigt, ihre eigene Auffassung zur Angemessenheit eines neuen Angebots an die Stelle der Entscheidung des zuständigen Gremiums zu setzen.⁴²³ Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Verfassungsgrundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks.⁴²⁴

Die Rechtsaufsichtsbehörde hat sicherzustellen, dass im Rahmen des Dreistufentest-Verfahrens bei der Interpretation der unbestimmten Rechtsbegriffe der durch diese gesetzte Rahmen nicht überschritten wird, indem ein Ergebnis erlangt wird, das wegen eines Beurteilungsausfalls, einer Beurteilungsüberschreitung oder eines Beurteilungsfehlgebrauchs gegen sonstiges Recht verstößt. Rechtliche Bindungen, deren Einhaltung überprüfbar ist, können sich dabei aus den Grundrechten ergeben.⁴²⁵ Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob der Rundfunkrat formal alle ihm zur Kenntnis gelangten Belange im Rahmen seiner Abwägung berücksichtigt hat, soweit es die schriftliche Begründung ersichtlich werden lässt.⁴²⁶

Darüber hinaus ist stets die Einhaltung des durch den RStV vorgegebenen Verfahrens zu prüfen, also ob die Entscheidung im Rundfunkrat beispielsweise mit der erforderlichen Mehrheit zustande gekommen ist.

aa) Verletzung von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG

Eine Verletzung der Rundfunkfreiheit eines privaten Rundfunkunternehmens kommt durch die Darlegung einer Beeinträchtigung des

⁴²³ Wimmer, ZUM 2009, 601, 609.

⁴²⁴ Rüggeberg, S. 116.

⁴²⁵ Schenke, Rn. 773.

⁴²⁶ Wimmer, ZUM 2009, 601, 609.

publizistischen Wettbewerbs in Betracht. Diese kann sich durch eine fehlerhafte Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde niederschlagen, wenn der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt rechtswidrig die Betrauung mit einem bestimmten Telemedienangebot zuteil wird.

Die Auswirkungen des Telemedienangebots auf den publizistischen Wettbewerb sind im Verfahren des Dreistufentest auf dessen zweiter Stufe in Ausschöpfung eines Beurteilungsspielraums durch den Rundfunkrat zu prognostizieren und unter Berücksichtigung auch der marktlichen Auswirkungen abzuwägen. Aus dem Ergebnis, dass das Telemedienangebot gleichwohl vom Auftrag der Rundfunkanstalt umfasst ist, ist die Bewertung des Rundfunkrats ersichtlich, dass die marktlichen Auswirkungen nicht signifikant sind. Diese Entscheidung als Teil des Dreistufentests trifft der Rundfunkrat abschließend. Die inhaltliche Überprüfung dieser Wertungsentscheidung ist daher nicht Gegenstand der Prüfung der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde und damit auch nicht des Gerichts, sondern lediglich die Kontrolle der Einhaltung des Verfahrens und der Berücksichtigung aller relevanten Stellungnahmen und Einwendungen.

Der klägerische Vortrag müsste daher so angelegt sein, dass die Verletzung der den publizistischen Wettbewerb betreffenden Aspekte der Rundfunkfreiheit ersichtlich wird, etwa weil nicht alle entscheidungsrelevanten Belange berücksichtigt worden sind.⁴²⁷ Ergibt sich etwa aus den dem Rundfunkrat vorliegenden Gutachten zu den marktlichen Auswirkungen des neuen Angebots, dass sich das gebührenfinanzierte Angebot nachweislich auf die wirtschaftliche Situation der anderen Anbieter auswirkt, muss durch den Rundfunkrat in seiner Abwägung ermittelt werden, ob diesem Effekt ein signifikantes Übergewicht der meinungsbildenden Funktionen des neuen Angebots gegenübersteht. Wird dieser Umstand durch den Rundfunkrat nicht ausreichend oder gar nicht berücksichtigt, soweit sich diese Aussage auf der Grundlage der Entscheidung und ihrer Begründung treffen lässt, kann ein Beurteilungsfehler argumentiert werden.

⁴²⁷ *Schenke*, Rn. 774.

In dem bereits eingeführten theoretischen Beispielsfall eines entgeltlichen, kindergerechten privaten Telemedienangebots, dem ein unentgeltliches, öffentlich-rechtliches Angebot in inhaltlich vergleichbarer Weise entgegengesetzt werden soll, muss sich aus der Abwägung des Rundfunkrats beurteilungsfehlerfrei ergeben, dass das öffentlich-rechtliche Angebot einen publizistischen Mehrwert, einen zusätzlichen „public value“⁴²⁸, gegenüber dem bereits bestehenden privaten Angebot vorweisen kann und dieser ist zu benennen. Allein das Argument ökonomischer Konsequenzen aus der Verbreitung eines Telemedienangebots kann seitens der klägerischen Argumentation folglich nicht tragend sein.

Der Kläger muss vielmehr geltend machen, durch die Verwaltungsmaßnahme der Betrauung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt mit dem Telemedienangebot in seinen Rechten verletzt zu sein, wobei in § 11f Abs. 7 RStV als eine die Rundfunkfreiheit ausgestaltende Regelung eine etwaig verursachte Beeinträchtigung des Klägers als Träger der Rundfunkfreiheit im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bereits angelegt ist.⁴²⁹ Es gilt jedoch das Übermaßverbot.⁴³⁰

Das private Rundfunkunternehmen wird daher vortragen müssen, dass die Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde rechtswidrig ist, weil sie in ihren Auswirkungen zu einer ersichtlich unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des einzelnen Grundrechtsträgers der Rundfunkfreiheit führt.

Die unverhältnismäßige Beeinträchtigung muss ihre kausale Ursache darin finden, dass die Rechtsaufsichtsbehörde einen Beurteilungsfehler seitens des Rundfunkrats übersehen hat. Dieser kann entweder darin liegen, dass die Einhaltung des vorgegebenen Verfahrens fehlerhaft, die zutreffende und vollständige Ermittlung des der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts mangelhaft, oder die Einhaltung allgemein anerkannter Wertungsmaßstäbe nicht gegeben

⁴²⁸ Peters, K & R 2009, 26, 33.

⁴²⁹ Jarass/Pieroth, Art. 5 GG, Rn. 45.

⁴³⁰ Schenke, Rn. 731.

ist, insbesondere, dass die Entscheidung von sachfremden, willkürlichen oder sonst unsachlichen Erwägungen geleitet ist.⁴³¹ Aus diesen Umständen muss sich eine ersichtlich unverhältnismäßige Auswirkung auf die Rechtsposition der privaten Rundfunkanstalt aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ergeben, die als solche mit dem Übermaßverbot kollidiert, was die Rechtsaufsichtsbehörde bei ihrer Prüfung nicht beanstandet hat. Dies stellt hohe Anforderungen an den klägerischen Vortrag.

bb) Verletzung der Wettbewerbsfreiheit

Hinsichtlich dieses Rechtsguts liegt die maßgebliche Hürde ebenfalls in der zwingend hohen Qualität des klägerischen Vortrags, der sich nicht allein auf die Darlegung objektiv rechtswidrigen staatlichen Handelns beschränken kann, sondern durch die Maßnahme bewirkte, konkrete und greifbare Einschränkungen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Betroffenen ersichtlich werden lassen muss.

Auch wenn hier eine Beeinträchtigung in einem dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechenden Umfang nicht bereits in der Rechtsnatur der gegenständlichen Norm als die Rundfunkfreiheit ausgestaltende Regelung vorgesehen ist, ist auch hier ist von erheblicher Bedeutung, dass die wirtschaftlichen Auswirkungen bereits Abwägungsgegenstand im Rahmen des Dreistufentests waren und vor diesem Hintergrund grundsätzlich viel dafür spricht, dass maßgebliche Auswirkungen gesehen und in die Abwägung mit einbezogen worden sind. Es liefe daher hier auf die plausible Darlegung hinaus, dass tatsächlich ein Beurteilungsfehler im Sinne sachfremder Erwägungen oder der unzutreffenden Sachverhaltsermittlung vorläge. Zu den Einzelheiten wird auf die vorstehenden Ausführungen verweisen.

e) Ergebnis

Die Anfechtungsklage eines privaten Medienunternehmens gegen den Betrauungsakt kann begründet sein.

⁴³¹ Kopp/Schenke, § 114 VwGO, Rn. 28.

4. Kapitel Überprüfung des Dreistufentests durch ordentliche Gerichte

A. Einführung, Bestimmung des Streitgegenstands

Während der Dreistufentest aufgrund seiner systematischen Verortung im Rundfunkstaatsvertrag, seines primär rundfunkrechtlichen Gegenstands und der ihn formal beendenden Entscheidung der für die Rechtsaufsicht zuständigen Stelle und ggf. auch bereits durch einen inneranstattlichen Organstreit auf einem vergleichsweise gradlinigen Weg Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Überprüfung werden kann, indem jedenfalls die den Test abschließende Entscheidung unmittelbar zum Gegenstand eines Rechtsbehelfsverfahrens gemacht wird, stellt sich die Ausgangslage für eine Überprüfung des Dreistufentests, oder genauer seiner Inhalte, vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit komplexer dar.

Während Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Betrachtung ausschließlich die von der Rechtsaufsicht vorgenommene Maßnahme in ihrer Charakterisierung als Verwaltungsakt ist, muss die Überprüfung des Dreistufentests durch ein ordentliches Gericht zwingend eine „bürgerliche Rechtsstreitigkeit“ im Sinne des § 13 GVG darstellen. Über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes entscheidet dagegen gemäß § 113 i.V.m. § 40 VwGO das Verwaltungsgericht. Folglich kann die rechtsaufsichtliche Maßnahme zum Abschluss des Dreistufentestverfahrens nicht Gegenstand einer Überprüfung durch ein ordentliches Gericht sein.

Vielmehr ist auch ein ordentliches Gericht nach § 121 VwGO, soweit es um die Frage der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes geht, an die Entscheidung des Verwaltungsgerichts gebunden.

Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH und nahezu unbestrittener Auffassung in der Literatur binden verwaltungsgerichtliche Entscheidungen über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts die Zivilgerichte, die die Frage der Wirksamkeit

oder Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts ohne eigene Sachprüfung als präjudiziell hinzunehmen haben. Hierdurch soll verhindert werden, dass der Verwaltungsakt erneut inzident von den Beteiligten zur Überprüfung gestellt werden kann.⁴³²

Unterschiedliche Auffassungen bestehen hingegen, soweit die Frage der Bindungswirkung eines gerichtlich nicht überprüften, aber in Bestandskraft erwachsenen Verwaltungsaktes betroffen ist. Jedenfalls im Zusammenhang mit der durch die ordentlichen Gerichte zu entscheidenden Ansprüche auf Schadensersatz aus dem Rechtsinstitut der Amtshaftung (§ 839 BGB) wird die in der Literatur vertretene Auffassung, die Bestandskraft stehe einer Prüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes durch die Zivilgerichte entgegen, durch den BGH nicht geteilt.⁴³³ Ein solcher Fall liegt im vorliegenden Zusammenhang allerdings nicht vor.

B. Eröffnung des ordentlichen Rechtswegs

Das Gesetz grenzt den ordentlichen und den Verwaltungsrechtsweg derart voneinander ab, dass vor ein ordentliches Gericht bürgerliche Rechtsstreitigkeiten gehören, für die nicht die Zuständigkeit von Verwaltungsgerichten begründet ist (§ 13 GVG). Der Verwaltungsrechtsweg dagegen ist eröffnet für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art, die nicht einer besonderen Gerichtsbarkeit zugewiesen sind (§ 40 VwGO).

Ob der Zugang zu den Gerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Zivilsachen eröffnet ist, richtet sich in erster Linie danach, ob es für die fragliche Streitigkeit eine spezielle Rechtswegzuweisung an die Verwaltungsgerichte gibt. Soweit dies zu verneinen ist, weist § 13 GVG dem ordentlichen Rechtsweg bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zu.⁴³⁴

Eine Abgrenzung unter Berücksichtigung strafrechtlicher, arbeitsrechtlicher oder familienrechtlicher Aspekte, die ebenfalls gem. § 13

⁴³² BGHZ 9, 329, 331; 15, 17, 19; 77, 338, 341; 90, 4, 12; 93, 87, 91; 161, 305, 309.

⁴³³ BGH, DVBl 1995, 109.

⁴³⁴ *Bornkamm* in *Ahrens*, Kapitel 15, Rn. 1.

GVG ausdrücklich der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesen sind, ist fernliegend, so dass der Fokus auf die durch § 13 GVG definierten Zivilsachen gerichtet bleibt.

Die Norm des § 13 GVG bildet zusammen mit § 40 VwGO ein System der Abgrenzungsnormen zwischen der ordentlichen Gerichtsbarkeit und den übrigen selbständigen und gleichwertigen Gerichtszweigen⁴³⁵, vorliegend insbesondere der Verwaltungsgerichtsbarkeit, also zwischen Zivilsachen und öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten und enthält zwingendes Recht.

I. Bürgerliche Rechtsstreitigkeit

Die Rechtswegzuständigkeit stellt eine von Amts wegen zu prüfende Sachurteilsvoraussetzung für eine Entscheidung sowohl im Hauptsache- als auch im einstweiligen Verfügungsverfahren dar. Maßgeblich ist der Vortrag des Klägers, da er den Streitgegenstand bestimmt.⁴³⁶ Der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit ist vom Gesetzgeber nicht definiert. Die Rechtsprechung richtet sich bei der Abgrenzung zu strafrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeiten nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Demnach ist danach zu fragen, durch welche Rechtssätze der Sachverhalt entscheidend geprägt wird und welche Rechtssätze für die Beurteilung des Klagebegehrens in Anspruch genommen werden können.⁴³⁷

Richtet sich das der Klage zugrunde liegende Rechtsverhältnis nach dem BGB oder anderen zivilrechtlichen Gesetzen, spricht dies für eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit, richtet es sich nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts, liegt grundsätzlich eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.⁴³⁸ Als Indizien für die Bestimmung der Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses kann auch die Zusammensetzung der Prozessparteien herangezogen werden. Handelt es sich bei

⁴³⁵ Lückemann in Zöller, GVG § 13 Rn. 1.

⁴³⁶ Bornkamm in Ahrens, Kapitel 15, Rn. 3.

⁴³⁷ BGH, NJW 86, 2359; BGH, NJW 88, 2295; BVerwG, NJW 2007, 2275.

⁴³⁸ Lückemann in Zöller GVG § 13 Rn.4; Bornkamm in Ahrens, Kapitel 15, Rn. 19.

den Prozessparteien um ausschließlich Privatrechtssubjekte, liegt grundsätzlich eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vor.⁴³⁹

Anders ist dies, wenn eine der am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien öffentlich-rechtlicher Rechtsnatur ist. In diesem Fall ist das Rechtsverhältnis einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Bei Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt an einem Rechtsverhältnis kommt es darauf an, ob die Parteien zueinander in einem hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen und der Träger hoheitlicher Gewalt sich im konkreten Rechtsverhältnis der besonderen, ihm zugeordneten Rechtssätze des öffentlichen Rechts bedient.⁴⁴⁰

In Abgrenzung zu einem hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung kann die Konstellation auftreten, dass sich ein Träger öffentlicher Gewalt den für jedermann geltenden zivilrechtlichen Regelungen unterstellt sieht. In diesem Fall liegt keine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, die nach § 40 VwGO dem Verwaltungsweg vorbehalten ist, sondern wird der ordentliche Rechtsweg gangbar.

Somit kommt es bei der Bestimmung einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit auf die Beurteilung des dem konkreten Rechtsstreit zugrunde liegenden konkreten Rechtsverhältnisses an. In Zweifelsfällen nimmt die Rechtsprechung den Gesichtspunkt der Sachnähe in Bezug.⁴⁴¹ Dem liegt die Annahme zugrunde, dass möglichst jene Gerichte entscheiden sollen, die für die betreffende Rechtsmaterie besondere Sachkenntnis besitzen. In vielen Grenzfällen lassen sich jedoch trotz weitgehender Übereinstimmung in den dogmatischen Grundlagen zweifelsfreie oder gar eindeutige Lösungen nicht finden. Insoweit stellt der Gesichtspunkt der Sachnähe ein zusätzliches geeignetes Kriterium dar, um in Fällen der problematischen Rechtswegabgren-

⁴³⁹ Lückemann in Zöller GVG § 13 Rn.5.

⁴⁴⁰ Subordinations- oder Subjektionstheorie, BGHZ 14, 226; Lückemann in Zöller GVG § 13 Rn.5.

⁴⁴¹ BGHZ 102, 343.

zung eine Zuordnung zu einer Gerichtsbarkeit vorzunehmen, um einer Rechtswegaufspaltung vorbeugend zu begegnen.⁴⁴²

Als allgemeine Regel gilt, dass die Zivilgerichte die Tätigkeit der Verwaltung nicht unmittelbar zu überprüfen haben.⁴⁴³ Handelt die öffentliche Hand im Rahmen öffentlich-rechtlicher Kompetenzausübung, finden unabhängig von öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Ausgestaltung der Handlungsmodalitäten zivilrechtliche Vorschriften, wie auch das Wettbewerbsrecht, keine Anwendung.⁴⁴⁴

Diesen Grundsatz schränkt die Rechtsprechung des BGH jedoch ein, wenn Träger öffentlicher Verwaltung am allgemeinen Wettbewerb teilnehmen. Diese Einschränkung wird damit begründet, dass der Hoheitsträger und seine Mitbewerber sich in einem Konkurrenzverhältnis gegenüber stehen, das durch die Normen des Wettbewerbsrechts privatrechtlich ausgestaltet ist. Darüber hinaus verfährt der Hoheitsträger bei der Beschaffung von Leistungen auch dann nach den Marktgrundsätzen des Privatrechts, wenn mit den beschafften Leistungen letztlich hoheitliche Zwecke verfolgt werden sollen. Eine bürgerliche Streitigkeit wird insbesondere dadurch begründet, dass der öffentlichen Hand der Vorwurf des Handelns gegen die Regeln des lautereren Wettbewerbs unterbreitet wird.⁴⁴⁵

1. Wettbewerbsrecht als Rechtsquelle

Im vorliegenden Zusammenhang drängt sich eine Beziehung des Untersuchungsgegenstands Dreistufentest zum Wettbewerb geradezu auf. Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Testverfahrens, welche ihren Ursprung in der maßgeblich durch das europäische Beihilfenrecht bestimmten rechtlichen Ausgangsproblematik findet. Das Beihilfenrecht ist Teil des europäischen Wettbewerbsrechts. Die Prüfungs- und Regelungsintention des Dreistufentests zielt auf eine Ausgleichung im publizistischen

⁴⁴² Lückemann in Zöller GVG § 13 Rn. 7.

⁴⁴³ BGHZ 14, 226; 97, 231.

⁴⁴⁴ Gaa, WRP 1997, 837, 840.

⁴⁴⁵ Bornkamm in Ahrens, Kapitel 15, Rn. 24.

Wettbewerb und berücksichtigt zur Erreichung dieses Ziels zugleich und notwendiger Weise Aspekte des wirtschaftlichen Wettbewerbs.

Der Streitgegenstand ist insoweit also bestimmt von den auf der Ebene der Gleichordnung geregelten Verhältnissen des Wettbewerbs.⁴⁴⁶

Für eine Überprüfung des Dreistufentests durch ein ordentliches Gericht kommt mithin die Annäherung an das Dreistufentestverfahren bzw. an sein Ergebnis in seiner tatsächlich praktizierten Erscheinungsform im Rahmen der Definition einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit unter dem Aspekt des Wettbewerbs in Betracht.

Zum einen ergeben sich aus einer wettbewerbsbezogenen Warte zwangsläufig Prozessverhältnisse, die zu ihrer Begründung die Darlegung von wettbewerbsrelevanten Beziehungen zwischen den Prozessparteien voraussetzen, mithin vor dem Hintergrund wirtschaftlicher Betätigung entstehen und somit dem Grunde nach von zivilrechtlicher Prägung sind; zum anderen erscheint die Einbeziehung eines wettbewerbslichen Betrachtungsstandpunktes gerade in Bezug auf das Dreistufentestverfahren naheliegend und folgerichtig, wenn man den Entstehungshintergrund des Dreistufentests mit berücksichtigt, der seinen Ursprung im speziellen Wettbewerbsrecht der Europäischen Union findet, nämlich dem Beihilfenrecht als Bestandteil der europäischen Wettbewerbsordnung.⁴⁴⁷

Das Bundesverfassungsgericht umreißt die Problemlage des Dreistufentests bereits 1992 gleichsam vorausschauend, jedoch treffend mit den Worten: *„Rundfunkanstalten haben wie jede Institution ein Selbstbehauptungs- und Ausweitungsinteresse, das sich gegenüber der ihnen auferlegten Funktion verselbständigen kann. Das gilt erst recht unter den Bedingungen des Wettbewerbs mit privaten Veranstaltern, die sowohl in der Beschaffung ihrer Gelder als auch in der Gestaltung ihrer Programme freier sind.“* Insofern könne die Be-

⁴⁴⁶ Lückemann in Zöller GVG § 13 Rn. 16.

⁴⁴⁷ Vgl. Kapitel 1.

stimmung dessen, was zur Funktionserfüllung erforderlich ist, nicht den Rundfunkanstalten allein obliegen.⁴⁴⁸

Somit stehen also für das Bundesverfassungsgericht auch ökonomische Überlegungen an, wenn es um die Beurteilung der Sicherung des publizistischen Wettbewerbes geht, der im Übrigen jedoch in der dualen Rundfunkordnung weitgehend losgelöst vom ökonomischen Wettbewerb betrachtet um die Zuschauergunst geführt wird.

Dementsprechend hat auch der BGH ein Wettbewerbsverhältnis zwischen einem Pay-TV-Sender und einem frei empfangbaren TV-Sender bejaht, weil beide „im Wettbewerb um Zuschauer stehen“.⁴⁴⁹ Auch wurde ein Wettbewerbsverhältnis zwischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und privaten Unternehmen bereits obergerichtlich bejaht.⁴⁵⁰

a) Begriffsbestimmung Wettbewerb

Wettbewerb, insbesondere der wirtschaftliche Wettbewerb, lässt sich umschreiben als eine Veranstaltung, an der mehrere Personen, Gruppen oder Organisationen im Rahmen einer bestimmten Aufgabenstellung oder Zielsetzung in dem Bestreben teilnehmen, die jeweils beste Leistung, bzw. den größten Erfolg zu erzielen. Der Wettbewerb kann nicht nur als Vorgang aufgefasst werden, sondern auch als auf Rivalität beruhende Beziehung zwischen Personen, Gruppen oder Organisationen.⁴⁵¹ Darüber hinaus macht jedoch die Dynamik und die Komplexität des insbesondere wirtschaftlichen Wettbewerbs eine Definition nahezu unmöglich⁴⁵².

aa) Wirtschaftlicher Wettbewerb als Ordnungsprinzip

Jedenfalls im wirtschaftlichen Zusammenhang dient der Wettbewerb auch als gesellschaftliches Ordnungsprinzip. Es geht um die Hand-

⁴⁴⁸ BVerfGE 87, 181.

⁴⁴⁹ BGH, GRUR 2000, 703, 706.

⁴⁵⁰ OLG Koblenz, AfP 2001, 414.

⁴⁵¹ Brockhaus Enzyklopädie, 19. Aufl. 1994, Bd. 24, S. 115; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm* EinlUWG Rn. 1.1.

⁴⁵² *Hefermehl/Köhler/Bornkamm* EinlUWG Rn. 1.6.

lungsfreiheit der Marktteilnehmer einerseits, durch welche Vergleichbarkeit von Leistungen erreicht wird und der Wettbewerb insoweit als Such- und Entdeckungsverfahren gedeutet werden kann. Andererseits fungiert der Wettbewerb als Ordnungsprinzip im Sinne einer politisch gewollten und institutionalisierten marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsordnung.⁴⁵³

Der wirtschaftliche Wettbewerb zeichnet sich dadurch aus, dass er als Koordinator des Marktgeschehens wirkt, kein statischer, sondern ein dynamischer Prozess ohne feste Spielregeln ist und keine gleichen Ausgangspositionen kennt. Der wirtschaftliche Wettbewerb lebt von der Substituierbarkeit und Heterogenität der Waren und Leistungen, die Gegenstand des Marktgeschehens sind.⁴⁵⁴ Ein funktionsfähiger Wettbewerb setzt insoweit stets einen unvollkommenen Markt voraus, der von Vorstößen einzelner Unternehmen lebt und durch Nachahmungsaktionen anderer Unternehmen vital wird.

In marktwirtschaftlichen Systemen dient Wettbewerb als Ordnungsprinzip für die gesamte Volkswirtschaft. Es ergibt sich ein komplexes Verhältnis von Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnissen, welche sich dadurch auszeichnen, dass exakte Voraussagen darüber, welche Wirkungen ein bestimmtes Marktverhalten haben wird, nahezu unmöglich sind.

bb) Wettbewerbsfreiheit

Grundvoraussetzung für einen funktionsfähigen Wettbewerb ist neben dem unvollkommenen Markt, der durch seine Unvollkommenheit die Aktivität der Marktteilnehmer bedingt, die Freiheit des Wettbewerbs. Die Wettbewerbsfreiheit als Institution beinhaltet insoweit freien Zugang zum Markt und die Möglichkeit freier wirtschaftlicher Betätigung.⁴⁵⁵

Die Basis der Wettbewerbsfreiheit im marktwirtschaftlichen Organisationssystem lässt sich aus den Art. 2 Abs. 1; 12 Abs. 1; 14 GG

⁴⁵³ Hefermehl/Köhler/Bornkamm EinlUWG Rn. 1.25.

⁴⁵⁴ Hefermehl/Köhler/Bornkamm EinlUWG Rn. 1.2.

⁴⁵⁵ Hefermehl/Köhler/Bornkamm EinlUWG Rn. 1.14.

ableiten⁴⁵⁶, wenngleich das Grundgesetz selbst sich als wirtschaftspolitisch neutral versteht.⁴⁵⁷ Wie alle durch das Grundgesetz gewährten Freiheiten wird auch die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit jedes Marktteilnehmers im Rahmen der Wahrnehmung der Wettbewerbsfreiheit durch entsprechende Freiheiten anderer Marktteilnehmer relativiert. Die Reichweite des Freiheitsschutzes wird daher durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen.⁴⁵⁸ Die Wettbewerbsfreiheit soll zu einem Ausleseprozess führen, der den einzelnen Marktteilnehmer zwingt, seine Leistung zu verbessern, und dem Nachfrager Alternativen verschafft, zwischen denen er frei wählen kann.⁴⁵⁹

So ist beispielsweise ein Kundenkreis kein per se geschütztes Rechtsgut. Im freien Wettbewerb ist das Eindringen in einen fremden Kundenkreis durch einen Marktteilnehmer nicht ohne weiteres unerlaubt, Wettbewerb bringt vielmehr seiner Natur nach Beeinträchtigung der Mitbewerber mit sich.⁴⁶⁰

cc) Leitbild Leistungswettbewerb

Fraglich ist immer, bis zu welcher Schwelle dieses gewollte Marktverhalten zulässig im Sinne der Wettbewerbsfreiheit ist, ab welchem Punkt also in unverhältnismäßiger Weise die dem anderen Marktteilnehmer gleichermaßen zustehende Betätigungsfreiheit eingeschränkt wird. Um diese Fragen abstrakt generell zu beantworten, sieht die gesetzliche Wettbewerbsordnung Regelungen vor und bringt ein funktionales Verständnis des Wettbewerbs in den Normwerken UWG und GWB zum Ausdruck. Es gilt das Leitbild des Leistungswettbewerbs, in welchem die Förderung des Absatzes durch Einsatz und Hervorhebung der eigenen Leistung gewollt und erlaubt ist. Beide Gesetze schützen die Wettbewerbsfreiheit, jedoch mit unterschiedlichen Schutzzielen, die nachfolgend kurz skizziert werden.

⁴⁵⁶ Hefermehl/Köhler/Bornkamm EinlUWG Rn. 1.34.

⁴⁵⁷ Jarass/Pieroth Art. 12 GG, Rn. 2; BVerfGE 4, 7, 17; 30, 292, 315.

⁴⁵⁸ Jarass/Pieroth Art. 12 GG, Rn. 15.

⁴⁵⁹ Hefermehl/Köhler/Bornkamm EinlUWG Rn. 1.16.

⁴⁶⁰ Hefermehl/Köhler/Bornkamm EinlUWG Rn. 1.21.

b) Wettbewerb und Wettbewerbsordnung

Das Wettbewerbsrecht ordnet den Wettbewerb. Materiell-rechtlicher Bezugspunkt wettbewerbsrechtlicher Ansprüche von bürgerlichen Prozessparteien ist im Wesentlichen das Recht zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs nach dem UWG. Eine gleichsam bedeutsame Rolle spielt jedoch auch das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, geregelt in den Vorschriften des europäischen Primärrechts und national des GWB.

aa) Lauterkeitsrecht (UWG)

Das UWG und seine Nebengesetze bezwecken den Schutz gegen unlautere und unerlaubte Wettbewerbshandlungen Einzelner, wirft mithin einen kontrollierenden Blick auf das Marktverhalten in der Auseinandersetzung zweier von der Wettbewerbsfreiheit grundsätzlich geschützter Positionen von Marktteilnehmern. Dabei soll das Verhalten der konkurrierenden Marktteilnehmer „in den Bahnen des Anstands, der Redlichkeit und der guten kaufmännischen Sitten“ stattfinden⁴⁶¹, womit der Grundsatz des Lauterkeitsschutzes formuliert ist. Es handelt sich um die Kontrolle von konkretem Marktverhalten.

Die Rechtsentwicklung des heutigen UWG beginnt mit der Einführung der Gewerbefreiheit in der Mitte des 19. Jahrhunderts, die den wirtschaftlichen Wettbewerb dem Grunde nach ermöglichte. Erst durch die Kräfte wachsender Produktion und das Entstehen neuer Absatzformen entwickelte sich Konkurrenzkampf. Diesen Konkurrenzkampf auf eine geordnete Basis zu stellen, intendierte das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb von 1909. Dieses sah als Generalklausel in § 1 die Regelung vor, dass, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden kann.⁴⁶² Die Ausfüllung dieser Regelung entwickelte sich in den folgenden Jahrzehnten zu einem ausgeprägten Richterrecht.

⁴⁶¹ BVerfGE 32, 311, 316.

⁴⁶² Hefermehl/Köhler/Bornkamm EinlUWG Rn. 2.1.

Unter dem Einfluss europäischen Rechts kam es gegen Ende des 20. Jahrhunderts zu einer Liberalisierung des deutschen Lauterkeitsrechts, die eingeleitet wurde durch die Orientierung am gemeinschaftsrechtlichen Leitbild des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ als Maßstab zur Beurteilung irreführender und unsachlicher Einflussnahme auf den Verbraucher.⁴⁶³ Neben einer damit eingeleiteten Verbesserung des Verbraucherschutzes führte die schließlich in der ersten Dekade des 21. Jahrhunderts durchgeführte umfassende Novellierung des UWG auch zu einer Kodifizierung richterrechtlicher Grundsätze.⁴⁶⁴

Im aktuellen UWG heißt es im § 1: *„Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher, sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.“*

Neben dem in Satz 1 festgeschriebenen dreifachen Schutzzweck mit unmittelbarem Markt- und Markthandlungsbezug wird hier auch das allgemeine Interesse am Funktionieren des Marktes an sich kodifiziert und eine Schnittstelle zum Schutzzweck des Kartellrechts hergestellt.

Herzstück des heutigen UWG ist jedoch die Generalklausel in § 3, die gemäß Absatz 1 festlegt, *„unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen“*.

Die Systematik des UWG sieht vor, dass im Anhang zum UWG eine Liste mit darin aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern beigelegt ist, welche nach § 3 Abs. 3 UWG stets unzulässig sind. Daneben regelt das Gesetz selbst in den §§ 4 bis 6

⁴⁶³ Hefermehl/Köhler/Bornkamm EinlUWG Rn. 3.29.

⁴⁶⁴ ergänzend: Hefermehl/Köhler/Bornkamm EinlUWG Rn. 2.22 bis 2.22d.

UWG Beispieltatbestände unlauterer Handlungen. Die Aufzählungen sind nicht abschließend, jedoch sind die Regelbeispiele für das Marktgeschehen bereits recht umfänglich. Insbesondere haben die für die Praxis sehr bedeutsamen Tatbestände der Produktnachahmung und des Vorsprungs durch Rechtsbruch in den in § 4 Nr. 9 und Nr. 11 UWG eine Regelung erhalten. Diese Tatbestände waren zuvor aus Richterrecht bekannt, jedoch nicht gesetzlich kodifiziert.

Hinzuweisen ist schließlich auf die vielfältige Einwirkung des europäischen Rechts auf die Belange des Lauterkeitsrechts.

Der europäische Rechtsgeber hat auf der Basis seiner Rechtsetzungsbefugnis aus Art. 4 Abs. 2a und 2f AEUV insbesondere Richtlinien zur Harmonisierung des Lauterkeitsrechts erlassen, von denen die bisher bedeutsamste die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (Richtlinie 2005/29/EG) ist. Darin heißt die Generalklausel des Art. 5 Abs. 1: „*Unlautere Geschäftspraktiken sind verboten.*“

Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken richtet sich auf die Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und regelt nicht das Verhältnis der Unternehmer untereinander. Durch diese europäische Rechtsetzung erfuhr das deutsche Lauterkeitsrecht eine deutliche Umorientierung in Richtung des Verbraucherschutzes. Die Umsetzung dieser Richtlinie erfolgte durch das bislang letzte Gesetz zur Änderung des UWG 2008.

Daneben sind zu nennen die Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung⁴⁶⁵, die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr⁴⁶⁶, die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation⁴⁶⁷, sowie die Richtlinie über Unterlassungsklagen zum Schutz von Verbraucherinteressen⁴⁶⁸, die alle Eingang in die nationale Rechtssetzung fanden.

⁴⁶⁵ RL 2006/114/EG.

⁴⁶⁶ RL 2000/31/EG.

⁴⁶⁷ RL 2002/58/EG.

⁴⁶⁸ RL 98/27/EG.

bb) Kartellrecht (GWB)

Das GWB bezweckt in Abgrenzung zum UWG den Schutz des Wettbewerbs als Institution, das heißt die Freiheit des Wettbewerbs im Allgemeininteresse gegen Ausschaltungen und Beschränkungen, welche die wirtschaftliche Betätigungs- und Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer einschränken.⁴⁶⁹

Das mit dem GWB seit Mitte der 50er Jahre des 20. Jahrhunderts geregelte Kartellrecht erfuhr in seinem Dasein mehrfache Änderungen, die jüngste Änderung des GWB erfolgte Ende 2007. Signifikant im kartellrechtlichen Bereich des Wettbewerbsrechts ist das Nebeneinander von europäischem und nationalem Kartellrecht.

Das Verhältnis zwischen dem deutschen und dem europäischen Kartellrecht ist in § 22 GWB geregelt, wonach grundsätzlich beide Regelungswerke nebeneinander anwendbar sind. Jedoch darf das nationale Kartellrecht nicht zum Verbot von Vereinbarungen, Beschlüssen oder abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Unternehmen führen, welche den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, aber den Wettbewerb im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht einschränken oder die Bedingungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen oder durch eine Gruppenfreistellungsverordnung erfasst sind.

Damit sind zunächst die Regelungsgegenstände des Kartellrechts benannt. Gemäß § 1 GWB sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten. Eine entsprechende Regelung findet sich in Art. 101 Abs. 1 AEUV auf europäischer Ebene, welche bezogen auf gleiche Verhaltensweisen darauf abstellt, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt oder verhindert werden könne, wobei das Verbot bereits gilt, wenn die Verhaltensweise eine Einschrän-

⁴⁶⁹ BGHZ 13, 33, 37.

kung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes nur bezwecken oder bewirken soll.

Daneben ist Gegenstand des Kartellrechts die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, sei es auf dem Gemeinsamen Markt auf europäischer Ebene oder gemäß § 19 GWB auf nationaler Ebene. Schließlich ist im Sinne eines Regelungsgegenstandes die Zusammenschlusskontrolle zu erwähnen.

c) Ansprüche gegen unlauteres Marktverhalten

Die Ansprüche aus einer Verletzung der §§ 3 i.V.m. 4 bis 7 UWG sind abschließend in den §§ 8 bis 11 UWG geregelt. Ansprüche z.B. aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. UWG existieren daneben nicht.

Das Gesetz bietet dem Anwender zivilrechtliche Ansprüche auf Unterlassung (§ 8 Abs. 1 Satz 1 und 2 UWG), Beseitigung (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG), Schadensersatz (§ 9 Satz 1 UWG) und Gewinnabschöpfung (§ 10 UWG). Die Durchsetzung lauterkeitsrechtlicher Ansprüche erfolgt durch die gerichtliche Geltendmachung vor den ordentlichen Gerichten, und zwar aufgrund der speziellen Rechtswegzuweisung des § 13 Abs. 1 UWG auf der Ebene der Landgerichte, deren Zuständigkeit sich unabhängig vom Streitwert aus der jeweiligen Sache ergibt.

In den meisten Wettbewerbsverfahren werden Unterlassungsansprüche verfolgt, während Schadensersatzansprüche nur eine untergeordnete Bedeutung haben.⁴⁷⁰

Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche bezwecken, bestimmte Handlungen im Wettbewerb für die Zukunft zu unterbinden. Materiell-rechtliche Voraussetzung jedes Unterlassungsanspruches ist das Vorliegen einer Begehungs- bzw. Wiederholungsgefahr. Während letzte grundsätzlich durch die Begehung einer Wettbewerbsverletzung als indiziert gilt, das heißt die Gefahr zukünftiger, gleichartiger Verstöße als gegeben angesehen wird, kann

⁴⁷⁰ Ahrens, S. 1; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 8 UWG Rn. 1.3.

auch ohne Vorliegen einer Erstzuwiderhandlung die Begehung einer Wettbewerbsverletzung drohen und damit einen Unterlassungsanspruch begründet sein. In diesem Fall freilich, müssen die Hinweise auf die zukünftig drohende Rechtsverletzung mit hinreichender Deutlichkeit dargelegt werden.

In einem wettbewerbsrechtlichen einstweiligen Verfügungsverfahren unterscheiden sich Unterlassungsanträge nicht von den entsprechenden Klageanträgen der Hauptsache. Ein etwaiger Verfügungstitel auf Unterlassung ist ebenso wie ein solcher Titel, der in einem Klageverfahren erwirkt wird, gemäß § 890 ZPO zu vollstrecken. Dies stellt den jeweiligen Antragsteller stets vor die anspruchsvolle Aufgabe, einen Beschluss oder Urteilstenor von hinreichender Bestimmtheit und damit Vollstreckbarkeit zu formulieren, was insbesondere in der hier gegenständlichen Materie ein besonders zu beachtender Aspekt sein wird.

2. Systematik

Die systematische Funktion des UWG ergibt sich aus § 3 Abs. 1. Darin heißt es, unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.

Die für die Anwendung dieser Grundnorm erforderlichen Definitionen ergeben sich aus § 2 UWG. Danach ist „geschäftliche Handlung“ ein jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrages über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen.

a) Geschäftliche Handlung

Der Begriff der geschäftlichen Handlung fand Eingang in das Gesetz in der Umsetzung der europäischen Richtlinie über unlautere Ge-

schäftspraktiken durch die UWG-Novelle 2008.⁴⁷¹ Das Verhalten, das eine geschäftliche Handlung darstellen soll, muss einen Unternehmensbezug aufweisen, also zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens erfolgen.⁴⁷² Handelt demnach eine natürliche Person nicht als Unternehmer, also nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG nicht als Inhaber eines Unternehmens oder als Vertreter oder Beauftragter eines solchen, und auch sonst nicht zugunsten eines fremden Unternehmens oder in Ausübung eines Gewerbes oder einer selbstständigen beruflichen Tätigkeit, sondern „nur“ als Verbraucher im Eigeninteresse, so liegt von vornherein keine geschäftliche Handlung vor.

Das Handeln von Verbrauchern steht grundsätzlich dem Handeln solcher Organisationen gleich, die keine Unternehmenseigenschaft besitzen.⁴⁷³ Der Begriff des Unternehmens ist gleichwohl weit ausulegen. Geboten ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, die nicht ausschließlich auf die Rechtsform, sondern auf die tatsächliche Stellung im Wettbewerb abhebt. Erforderlich ist insoweit eine auf Dauer angelegte, selbstständige wirtschaftliche Betätigung, die darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben.⁴⁷⁴

Entgeltlich ist eine Tätigkeit, wenn sie auf Erzielung einer Gegenleistung gerichtet ist. Die rechtliche Gestaltung ist unerheblich, so dass das Entgelt auch in der Zahlung von Mitgliedsbeiträgen bestehen kann.⁴⁷⁵ Dem entsprechend sind beispielsweise auch Idealvereine oder gemeinnützige Unternehmen Gegenstände des Lauterkeitsrechts.⁴⁷⁶

⁴⁷¹ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, § 2 UWG Rn. 6.

⁴⁷² *Teplitzky*, S. 30.

⁴⁷³ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, § 2 UWG Rn. 18.

⁴⁷⁴ BGH, GRUR 1995, 697, 699.

⁴⁷⁵ BGH, GRUR 1976, 370, 371.

⁴⁷⁶ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, § 2 UWG Rn. 24.

Da die Rechtsform des Unternehmens grundsätzlich unerheblich ist⁴⁷⁷, kann auch die Öffentliche Hand als Unternehmen im Sinne des Lauterkeitsrechts angesehen werden. Die unternehmerische Tätigkeit der Öffentlichen Hand kann privat-rechtlich oder öffentlich-rechtlich organisiert sein. Bei den öffentlich-rechtlichen Organisationen gibt es solche mit eigener Rechtspersönlichkeit, wie Körperschaften und Anstalten, und solche ohne eigene Rechtspersönlichkeit, wie Eigenbetriebe oder Regiebetriebe.⁴⁷⁸

Die wichtigste Erscheinungsform der geschäftlichen Handlung ist ein Verhalten, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammen hängt. Daraus ergibt sich, dass die Handlung einen Marktbezug aufweisen muss und sich nicht in unternehmensinternen Vorgängen erschöpfen darf.⁴⁷⁹ Ein Marktbezug ist gegeben, wenn die Handlung ihrer Art nach auf die Marktteilnehmer einwirken und damit das Marktgeschehen beeinflussen kann.⁴⁸⁰ Zudem muss die Handlung objektiv geeignet sein, den Absatz oder den Bezug eines eigenen oder eines fremden Unternehmens zu fördern. Denn nur dann kann sie Auswirkungen auf die Interesse der Mitbewerber oder die geschäftlichen Entscheidungen der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer haben (§ 3 Abs. 1 UWG). Ob es tatsächlich zu einer Förderung des Absatzes oder des Bezugs kommt, ist unerheblich.⁴⁸¹

Im Rahmen der vorliegend relevanten Prüfungsfrage ist davon auszugehen, dass die Veranstaltung eines werbefreien Telemedienangebots durch eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt eine geschäftliche Handlung im vorstehend beschriebenen Sinne darstellt.⁴⁸²

⁴⁷⁷ BGH, GRUR 1962, 254 – Fußball-Programmheft; BGH GRUR 1976, 370, 371 – Lohnsteuerhilfsvereine I.

⁴⁷⁸ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 UWG Rn. 13.2.

⁴⁷⁹ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 2 UWG Rn. 34.

⁴⁸⁰ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 2 UWG Rn. 35.

⁴⁸¹ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 2 UWG Rn. 37.

⁴⁸² Vgl. OLG Dresden, GRUR 1996, 76: Bejaht wurde die geschäftliche Handlung für die Ausstrahlung eines werbefreien Programms durch eine öffentlichrechtliche Rundfunkanstalt.

b) Objektiver Zusammenhang zur Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen

Soweit nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG die geschäftliche Handlung in einem objektiven Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes oder des Bezuges von Waren oder Dienstleistungen stehen muss, reicht die objektive Eignung zur Förderung des Absatzes oder des Bezugs allein nicht aus, um einen objektiven Zusammenhang anzunehmen. Es ist keine Wettbewerbsförderungsabsicht erforderlich.⁴⁸³

Vielmehr ist ein objektiver Zusammenhang zwischen der Handlung und der Absatzförderung nur dann anzunehmen, wenn die Handlung das Ziel hat, die geschäftlichen Entscheidungen des Verbrauchers in Bezug auf Produkte zu beeinflussen.

Leicht anders zu beurteilen ist der Kontext des objektiven Zusammenhangs bei geschäftlichen Handlungen gegenüber Mitbewerbern in Abgrenzung zu solchen gegenüber Verbrauchern. Ein Verhalten gegenüber Mitbewerbern weist dann einen objektiven Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes oder Bezugs zugunsten des eigenen Unternehmens auf, wenn es den Umständen nach darauf gerichtet ist, durch Einwirkung auf die wettbewerblichen Interessen von Mitbewerbern den eigenen Absatz oder Bezug zu fördern.⁴⁸⁴ Ein objektiver Zusammenhang und damit eine geschäftliche Handlung kann auch dann gegeben sein, wenn die Handlung zugleich der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht dient.⁴⁸⁵

Um diese teils mit der Notwendigkeit der Ausfüllung von unbestimmten Rechtsbegriffen verbundene Rechtsanwendung zu ermöglichen, gilt grundsätzlich das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung der Regelungen des UWG und seiner Definitionen. Im Interesse einheitlicher Beurteilungsmaßstäbe sind die Ergebnisse der richtlinienkonformen Auslegung nicht nur im Verhältnis zu Verbrauchern (business to consumer, b2c), sondern auch im Verhältnis zu

⁴⁸³ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 2 UWG Rn.n 42, 45, 46, 47.

⁴⁸⁴ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 2 UWG Rn. 53.

⁴⁸⁵ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 2 UWG Rn. 49.

sonstigen Marktteilnehmern (business to business, b2b) anzuwenden.⁴⁸⁶

c) **Mitbewerber und Marktteilnehmer**

Von der geschäftlichen Handlung können Marktteilnehmer und Mitbewerber betroffen sein (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 und 3 UWG). Nach der gesetzlichen Definition sind Marktteilnehmer alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren und/oder Dienstleistungen tätig sind. Dieser weite Begriff soll gewährleisten, dass sich die Anwendung des Lauterkeitsrechts nicht in einem Vertikalverhältnis auf Verbraucher erschöpft, sondern auf alle sonstigen Personen erstreckt wird, die als Abnehmer oder Anbieter in Betracht kommen⁴⁸⁷, zum Beispiel Arbeitnehmer⁴⁸⁸, Unternehmen, juristische Personen des öffentlichen Rechts, Verbände, Stiftungen und sonstige Organisationen. Der Begriff des Mitbewerbers konkretisiert diejenigen Marktteilnehmer, die mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen. Neben den in der Praxis auftretenden Schwierigkeiten der Ausfüllung auch dieses Rechtsbegriffes gilt grundsätzlich, dass im Interesse eines wirksamen lauterkeitsrechtlichen Individualschutzes an das Bestehen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses keine hohen Anforderungen zu stellen sind.⁴⁸⁹

d) **Konkretes Wettbewerbsverhältnis im sachlich, räumlich, zeitlich relevanten Markt**

Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis setzt allerdings voraus, dass sich die beteiligten Unternehmen auf demselben sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt betätigen.⁴⁹⁰ Für die Beschreibung des sachlich relevanten Marktes werden die Abgrenzungskriterien aus dem Kartellrecht auch im Lauterkeitsrecht herangezogen. Es kommt somit darauf an, ob sich die von den beteiligten Unternehmen ange-

⁴⁸⁶ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 2 UWG Rn. 76.

⁴⁸⁷ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 2 UWG Rn. 89.

⁴⁸⁸ BGH, WRP 2005, 1242, 1245.

⁴⁸⁹ BGHZ 93, 96, 97; BGH, GRUR 2004, 877, 878; BGH, GRUR 2006, 1042.

⁴⁹⁰ BGH, GRUR 2001, 78; BGH GRUR 2007, 1079.

botenen Waren oder Dienstleistungen nach ihren Eigenschaften, ihrem Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass sie der verständige Nachfrager als austauschbar ansieht.⁴⁹¹ Für die Frage, ob eine Ware oder Dienstleistung aus Sicht des verständigen Abnehmers austauschbar ist, ist auf die jeweiligen Marktverhältnisse abzustellen, wobei wiederum keine zu hohen Anforderungen an den Grad der Austauschbarkeit zu stellen sind.⁴⁹² Hinsichtlich des räumlich relevanten Marktes ist auf die tatsächliche Geschäftstätigkeit abzustellen und zu bewerten, ob die geschäftliche Maßnahme sich zumindest auf den tatsächlichen oder potenziellen Kundenkreis des Gewerbetreibenden auswirken kann.⁴⁹³ Gleiches gilt letztlich für das Merkmal des zeitlich relevanten Marktes.

Allerdings kann Mitbewerber im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG auch ein Unternehmen sein, das aktuell nicht auf dem gleichen sachlichen und räumlichen Markt tätig ist, sich allerdings mit einer konkreten Wahrscheinlichkeit anschickt, auf diesem bestimmten Markt ebenfalls tätig zu werden. Insoweit handelte es sich um einen potenziellen Mitbewerber.⁴⁹⁴ Die bloß abstrakte Möglichkeit eines Marktzutritts reicht indes nicht aus.

II. Keine Zuweisung an das Verwaltungsgericht

Eine gesetzliche Zuweisung von Streitigkeiten, deren rechtliche Basis im Rundfunkstaatsvertrag liegt, an die Verwaltungsgerichte, gibt es nicht. Es gelten insoweit die allgemeinen Regeln. Der ordentliche Rechtsweg kann daher für die Überprüfung des Dreistufentests eröffnet sein, soweit sich der Gegenstand der Überprüfung auf einen wettbewerbsrechtlichen Grund bezieht.⁴⁹⁵

⁴⁹¹ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, § 2 UWG Rn. 101; BGH, GRUR 2002, 228, 229.

⁴⁹² EuGH, GRUR 2007, 511.

⁴⁹³ *Teplitzky*, S. 143.

⁴⁹⁴ BGH GRUR 2002, 828, 829.

⁴⁹⁵ Die Eröffnung des ordentlichen Rechtswegs für Streifragen öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten betreffend bejahend, u.a. LG Köln, Beschluss vom 31.3.1998, 31 O 736/97; BGH, GRUR 1990, 611; BGH, GRUR 1992, 518; OLG Koblenz, AfP 2001, 414; BGH, GRUR 2000, 703, 706.

C. Der Dreistufentest im Lichte des Wettbewerbsrechts

Der Obersatz des Kapitels, welcher die Überprüfung des Dreistufentests durch ordentliche Gerichte thematisiert, ist unpräzise. Sowohl die Erwägungen in der Einführung in dieses Kapitel, als auch die Überprüfung der Rechtswegeröffnung zu den ordentlichen Gerichten ergeben, dass eine unmittelbare Überprüfung des Dreistufentests durch ein ordentliches Gericht nicht stattfinden kann. Vielmehr wird eine Überprüfung des Dreistufentests durch ein ordentliches Gericht allenfalls mittelbar vorgenommen werden können, im Rahmen einer bürgerlich-rechtlichen Zielfragestellung.

Naheliegend ist insoweit, dass es sich hierbei um eine wettbewerbsrechtliche Thematik handelt. Soweit primär das Lauterkeitsrecht herangezogen werden dürfte, findet die Behandlung des Dreistufentestverfahrens vor dem Hintergrund und im Rahmen einer Bewertung einer tatsächlichen Handlung als lauter oder unlauter statt, sofern diese sich als Wettbewerbshandlung darstellt.

Insoweit kann beispielsweise von Relevanz sein, ob der Dreistufentest ein konkret angebotenes Telemedienangebot umfasst hat, sofern seine Anwendung für dieses erforderlich war; beispielhaft wäre dies denkbar für Telemedienangebote, die von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als Bestandsangebot veranstaltet werden, also ein solches Telemedienangebot, welches vor dem 1.6.2009 bereits online war.

Insbesondere ist ferner denkbar, dass ein solches Angebot nach der Durchführung des Bestandstests in Teilen oder grundlegend modifiziert wird und dies die rundfunk-, bzw. öffentlich-rechtliche Frage aufwirft, ob ein Dreistufentest für das modifizierte Angebot erneut durchzuführen ist, weil es sich nunmehr um ein verändertes Telemedienangebot im Sinne des § 11f Abs. 4 Satz 1 RStV handelt. Die Quellen einer Antwort auf die Frage der rechtlichen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Telemedienangebots können sich daher mischen zwischen den Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrags sowie nach den Vorgaben des UWG.

Insoweit stellen sich Fragen nach dem rechtlichen Prioritätsverhältnis zwischen der durch den Rundfunkrat getroffenen Entscheidung, die durch die rechtsaufsichtliche Prüfung und förmliche Bescheidung aus der Sicht des öffentlichen Rechts abschließend behandelt sind, und der sich an diese Entscheidungen anschließenden Umsetzung, soweit diesem tatsächlichen Verhalten der Vorwurf der Unlauterkeit unterbreitet wird. Faktisch stellt das Wettbewerbsrecht einen plausiblen Anknüpfungspunkt für die Überprüfung der Rechtsgegenstände dar, die Gegenstand eines Dreistufentestverfahrens sind.

I. Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten im Wettbewerb

Für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gelten mit Blick auf die Frage, inwieweit wettbewerbsrechtliche Grundsätze unmittelbare Anwendung finden können, wegen der verfassungsrechtlichen Besonderheit seines Betätigungsfeldes besondere Rahmenbedingungen. Während öffentlich-rechtlich organisierte Marktteilnehmer grundsätzlich unter wettbewerbsrechtlichen Maßgaben in ihrem Verhalten am Markt gegenüber privaten Marktteilnehmern beurteilt werden können, muss dies zwar auch für die ebenfalls öffentlich-rechtlich organisierten Rundfunkanstalten gelten, jedoch nicht unter den gleichen Vorzeichen, wie beispielsweise für eine Kommune oder einen kommunalen Eigenbetrieb.

1. Publizistischer Wettbewerb

Die Medien haben die Aufgabe, die Öffentlichkeit über Vorgänge von allgemeiner Bedeutung zu unterrichten und zur öffentlichen Meinungsbildung beizutragen. Das ist bei der Anwendung des Lauterkeitsrechts zu berücksichtigen, und zwar auch im Rahmen von dessen richtlinienkonformer Auslegung, denn die Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit gehören sowohl zu den deutschen, als auch zu den europäischen Grundrechten. Jedoch ist nach den jeweiligen Aktivitäten und der vorrangigen Zielsetzung des Medienunternehmens zu unterscheiden.⁴⁹⁶ So gilt beispielsweise die grundsätzlich aus dem Vorliegen einer geschäftlichen Handlung indizierte Wettbewerbsabsicht nicht für Presse und Rundfunk, soweit diese im Rahmen ihrer

⁴⁹⁶ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG § 2 Rn. 63.

Berichterstattung in den Wettbewerb eingreifen. Insoweit ist die subjektive Wettbewerbsabsicht in jedem Einzelfall positiv festzustellen.⁴⁹⁷

Bundesverfassungsgericht und Landesgesetzgeber haben den Rundfunkanstalten nicht nur eine Bestands- und Entwicklungsgarantie gewährt⁴⁹⁸, sondern darüber hinaus auch die Garantie funktionsgerechter Finanzierung.⁴⁹⁹

Es wird die Auffassung vertreten, dass hierdurch zum einen ohnehin bestehende strukturelle Wettbewerbsvorteile der Rundfunkanstalten auf rundfunkfremden Märkten ebenso festgeschrieben würden, wie solche gegenüber neu auf den Markt tretenden Rundfunkanbietern.⁵⁰⁰

Allein die Positionierung der Europäischen Kommission mit Blick auf die Beurteilung der nationalen Rundfunkfinanzierung unter beihilferechtlichen Bedingungen gibt Anlass zur näheren Betrachtung dieses Sachverhalts.⁵⁰¹

Grundsätzlich ist dem deutschen Medienmarkt ein Nebeneinander zwischen öffentlich-rechtlich und privat organisierten Rundfunkanbietern seit Jahrzehnten nicht fremd. Die duale Rundfunkordnung ist gelebte Rechtsrealität. Sie unterscheidet sich signifikant von der Organisation der Presselandschaft, für welche das Bundesverfassungsgericht als Rahmenbedingung erkannte, dass die der Presse zufallende Aufgabe, so wichtig sie auch sei, nicht von einer organisierten staatlichen Gewalt erfüllt werden könne. Daher seien Presseunternehmen darauf angewiesen, sich im gesellschaftlichen Raum frei bilden zu können und sie arbeiteten nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen in privatwirtschaftlichen Organisationsformen.

⁴⁹⁷ BGHZ 3, 270, 277f.; BVerfG, NJW 2003, 277; BGH GRUR 1986, 812.

⁴⁹⁸ BVerfGE 74, 297, 324f; 90, 60, 91; 83, 238, 299.

⁴⁹⁹ BVerfGE 73, 118, 158; 83, 238, 298; 119, 181, 218.

⁵⁰⁰ *Grundmann*, S. 53.

⁵⁰¹ s. Kapitel 1.

Hieraus resultiere, dass die Presseunternehmen miteinander in „geistiger und wirtschaftlicher Konkurrenz“ stünden, in die die öffentliche Gewalt grundsätzlich nicht einzugreifen berechtigt sei.⁵⁰² Für die Presse sei daher aus der grundrechtlich gewährten Pressefreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG selbst abzuleiten, dass eine Garantie der freien Gründung von Presseunternehmen und ihres ungehinderten wirtschaftlichen und publizistischen Wettbewerbs bestehe.⁵⁰³

Diese Leitlinien gelten im Zusammenhang mit der ebenfalls durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährten Rundfunkfreiheit jedoch nicht in vergleichbarer Weise.

Für das auch insoweit bei der Ausgestaltung der Rundfunkordnung mit maßgeblichem Einfluss versehene Bundesverfassungsgericht steht im Bereich des Rundfunks das Ziel im Vordergrund, eine „gleichgewichtige Vielfalt“⁵⁰⁴ herzustellen und zu sichern und so einen publizistischen Wettbewerb zu ermöglichen.

Diese Grundsätze leitete das Bundesverfassungsgericht in langjähriger Rechtsprechung zunächst aus einer „Sondersituation“ des Rundfunks im Vergleich zur Presse ab, die sich aus der Knappheit der verfügbaren Frequenzen und dem außergewöhnlich hohen Aufwand für die Veranstaltung von Rundfunksendungen herleite.⁵⁰⁵ Es sei daher erforderlich, dass besondere Vorkehrungen zur Verwirklichung und Aufrechterhaltung der Rundfunkfreiheit getroffen würden, und das Bundesverfassungsgericht nennt als eine geeignete Organisationsform zur Erreichung dieses Ziels die öffentlich-rechtliche Anstalt.

Die beschriebene Sondersituation des Rundfunks führe zudem zu einer Nichtanwendbarkeit der Grundregeln des ökonomischen Wettbewerbs zum Zwecke der Gestaltung der Rundfunkfreiheit, weil der Rundfunk als eines der mächtigsten Kommunikationsmittel und

⁵⁰² BVerfGE 20, 162, 175.

⁵⁰³ BVerfGE 20, 162, 175.

⁵⁰⁴ BVerfGE 57, 295, 324; 73, 118, 156.

⁵⁰⁵ BVerfGE 12, 205, 261.

Massenmedium in der Gefahr des Missbrauchs zum Zwecke einseitiger Einflussnahme der dem Rundfunk eigenen weitreichenden Wirkungen und Möglichkeiten stünde.⁵⁰⁶ Das Bundesverfassungsgericht statuiert die Sondersituation des Rundfunks auch durch den Hinweis, dass es selbst einen Vergleich zur Situation in der Presselandschaft zieht und zu dem Schluss gelangt, dass „jedenfalls vorvorerst“⁵⁰⁷ eine Freigabe der Rundfunkorganisation für Marktkräfte wie bei der Presse nicht möglich sei. Der Rundfunk als Institution dürfe nicht dem „freien Spiel der Kräfte“ des Marktes, bzw. des ökonomischen Wettbewerbs ausgeliefert werden.⁵⁰⁸

2. **Ökonomischer Wettbewerb**

Das Bundesverfassungsgericht vertieft seine Haltung weiterhin mit dem Argument, dass der freie ökonomische Wettbewerb, wenn er sich selbst überlassen bliebe, durch ökonomische Konzentrationsprozesse zu seiner eigenen Aufhebung hin tendiere, indem sich Monopole bildeten. Dies könne im Bereich der Medien zu einer Konzentration von Meinungsmacht führen.⁵⁰⁹ Die gleichgewichtige Vielfalt von Meinungsmacht jedoch erkennt das Bundesverfassungsgericht als das hinsichtlich der Rundfunkfreiheit maßgebliche Schutzgut.

Gegen eine rein privatwirtschaftlich organisierte Rundfunklandschaft spricht sich das Gericht zudem mit dem Argument aus, dass die einzigen Einnahmen privater Rundfunkanbieter sich aus den Einnahmen aus Wirtschaftswerbung generierten. Diese könnten nur dann ergiebig fließen, wenn die privaten Programme hinreichend hohe Einschaltquoten erzielten. Es sei daher erforderlich, massenattraktive Programme anzubieten.⁵¹⁰

Damit werde das Programmangebot durch ökonomische Bedingungen bestimmt, weil der wirtschaftliche Erfolg über den

⁵⁰⁶ BVerfGE 31, 314, 325.

⁵⁰⁷ BVerfGE 31, 314, 337.

⁵⁰⁸ BVerfGE 31, 314, 325.

⁵⁰⁹ BVerfGE 57, 295, 323.

⁵¹⁰ BVerfGE 73, 118, 154f.

publizistischen Erfolg entscheide. Wiederum hebt das Gericht darauf ab, dass es erforderlich sei, der Entstehung von vorherrschender Meinungsmacht vorzubeugen. Den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten komme eine Aufgabe der Gewährleistung einer Grundversorgung über die Vielfalt der bestehenden Meinungen zu, die es rechtfertigen könne, an die Breite des Programmangebots im privaten Rundfunk nicht die gleichen hohen Anforderungen zu stellen wie im öffentlich-rechtlichen Rundfunk.

Sie biete hingegen keine Rechtfertigung dafür, die Entwicklung des privaten Rundfunks im Wege der Deregulierung den Kräften des Marktes gänzlich anzuvertrauen.⁵¹¹ Insoweit kommt das Bundesverfassungsgericht bei der Beurteilung des Verhältnisses von öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk unter wettbewerbsrechtlichen Vorzeichen zu dem Schluss, dass für den privaten Rundfunk die Durchführung einer Zusammenschlusskontrolle nach den Vorgaben des GWB, wie sie in der rundfunkrechtlichen Norm, die das Bundesverfassungsgericht konkret zu prüfen hatte, vorgesehen war, verfassungsrechtlich zulässig sei.⁵¹² Für den Bereich des privaten Rundfunks sieht das Bundesverfassungsgericht einen Zusammenhang von ökonomischem Wettbewerb und Meinungsvielfalt, Konzentrationsprozessen und Meinungsmacht, sowie von Programmangebot und Finanzierung, weshalb ursächlich für die Gefährdung der Meinungsvielfalt durch Meinungsmacht ökonomische Tatbestände, wie die Zahl der Marktteilnehmer, der Ablauf ökonomischer Konzentrationsprozesse und die Marktmacht seien, was eine Zusammenschlusskontrolle rechtfertige, die jedenfalls nicht unter Berufung auf die durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistete Rundfunkfreiheit seitens privater Rundfunkanbieter auszuhebeln sei.

Zum Konkurrenzverhältnis von öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunkanbietern vertritt das Bundesverfassungsgericht jedoch grundsätzlich die Ansicht, dass die den Rundfunkanstalten gestellte Aufgabe der Wahrnehmung des klassischen Rundfunkauftrages und seiner essenziellen Funktionen, sowie die Gewährleistung der

⁵¹¹ BVerfGE 73, 118, 158.

⁵¹² BVerfGE 73, 118, 173f.

Grundversorgung es notwendig machten, die technischen, organisatorischen, personellen und finanziellen Vorbedingungen ihrer Erfüllung sicherzustellen.⁵¹³

Das Gericht stellt wiederum ab auf eine publizistische Konkurrenz, die ihre Rechtfertigung aus dem Lebenselement der Meinungsfreiheit findet. Diese publizistische Konkurrenz beschreibt das Gericht damit, dass dem Nebeneinander von öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk der Gedanke zugrunde liege, dass der publizistische Wettbewerb zwischen beiden sich anregend und belebend auf das inländische Gesamtangebot auswirken und Meinungsvielfalt auf diese Weise gestärkt und erweitert werde. Damit sei es unvereinbar, dem privaten Rundfunk zwar die Aufgabe einer publizistischen Konkurrenz gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk zuzumessen, dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk aber eine solche Konkurrenz gegenüber den Privaten zu versagen.

Auch an dieser Stelle wird die einführend beschriebene Situation der Konvergenz zu einem einschlägigen und beherrschenden Thema. Sie ist keineswegs nur ein theoretisches Problem, sondern im Wettbewerb um Zuschauer und um Werbeangebote eine Realität, die alle Medien erfasst hat.

Während das öffentliche Recht sich primär der Sicherung freiheitlich verfasster demokratischer Ordnungen und damit der Meinungsmärkte annimmt, betrachtet das zivilrechtlich orientierte Wettbewerbsrecht die Interdependenzen zwischen Märkten und Wettbewerbsstrukturen, ohne allerdings die besonderen Charakteristika und die grundlegende Bedeutung von Medienmärkten für eine Demokratie außer Acht zu lassen.⁵¹⁴ Wie bereits dargelegt⁵¹⁵, verwischen die Grenzen zwischen Rundfunk und elektronischen Presseangeboten, zwischen Filmen und anderen Inhaltsangeboten im Internet durch die Einbindung von Videostreams in textbasierte Informationsangebote oder die Erläuterung eines originären

⁵¹³ BVerfGE 73, 118, 158.

⁵¹⁴ *Spindler*, AfP 2012, 328, 329.

⁵¹⁵ S. Kapitel 1.

Fernsehangebots durch Hintergrundinformationen im Netz. Die Verknüpfung von medialen Inhalten lässt grundsätzlich die Unterscheidung zwischen linearen und nichtlinearen Angeboten indifferent werden. Das Fernsehen wird eingebettet in die Nutzung von Social-Media-Anwendungen und durch die Zugänglichmachung von Filmen oder Musik im Netz ergänzt.

Aus dem Blickwinkel der Medienwirtschaft bieten diese neuen Verhältnisse allen voran eine hohe Attraktivität für die Platzierung von Werbung. Die Werbeausgaben für Platzierung von Anzeigen im Internet sind im Jahr 2011 deutlich stärker gewachsen als der Werbemarkt insgesamt.⁵¹⁶ Die Werbung im Fernsehen konnte im gleichen Zeitraum ebenfalls zulegen, wenngleich mit etwas niedrigeren Wachstumsraten als in 2010, während im Zeitungsmarkt von einer Krise gesprochen werden kann.⁵¹⁷ Die Fähigkeit, maßgeschneiderte Werbung in einem Internetdienst zu platzieren, entscheidet heute über das wirtschaftliche Schicksal des Angebots, da sich kostenpflichtige Angebote am Markt kaum durchgesetzt haben.⁵¹⁸

Insoweit ist der Werbemarkt ein vergleichsweise leicht zu identifizierender Markt im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang. Darüber hinaus jedoch sind weitere Marktabgrenzungen denkbar, etwa Märkte für entgeltliche Informationsangebote und unentgeltliche Informationsangebote, Märkte für die Verbreitung elektronischer Presse, im Wege des Direktzugriffes durch „Apps“, Märkte für das Verhalten der nutzerlenkende Dienste, die im Rahmen einer Themensuche Ergebnisvorschläge unterbreiten. Da die genannten Marktspezifikationen jedoch unschwer als Funktionsanwendungen in Internetangeboten kumuliert vorhanden sein können, stellt sich die erforderliche Marktabgrenzung im Einzelfall als schwierig dar. Hinzu tritt die extrem hohe Dynamik der Hard- und Softwareentwicklung, die den Wettbewerb im Internet grundlegend kennzeichnet.⁵¹⁹ Diese hohe Dynamik bedingt eine schwere Prognos-

⁵¹⁶ Heffler/Möbus, MediaPerspektiven 2012, 298, 306.

⁵¹⁷ Heffler/Möbus, MediaPerspektiven 2012, 298, 307.

⁵¹⁸ Spindler, AfP 2012, 328, 329.

⁵¹⁹ Spindler, AfP 2012, 328, 331.

tizierbarkeit von Wettbewerbswirkungen und Marktreaktionen bei der Einführung eines neuen Angebotes.⁵²⁰

Diese Probleme werfen vor allen Dingen neue Fragestellungen auf, wenn es um die Anwendung der im GWB und europäischen Kartellrecht niedergelegten Grundsätze auf die Medienlandschaft geht. Es handelt sich hierbei um gleichsam tatsächliche Problemfelder, die neben der rechtlichen Grundfrage zu bewältigen sind, welche Regulierungsvorschriften in Bezug auf die gewandelte Medienlandschaft überhaupt zur Anwendung kommen müssen.

II. Der Dreistufentest als Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Ansprüche

1. Wettbewerb auf dem Zuschauermarkt

Um den Dreistufentest zum Gegenstand einer wettbewerbsrechtlichen Untersuchung zu machen, müssen zunächst die wettbewerbsspezifischen Voraussetzungen gegeben sein. Das bedeutet, dass die Veranstaltung des Telemedienangebots, dessen zugrunde liegendes Telemedienkonzept zuvor den Dreistufentest durchlaufen hat, zunächst eine entgeltliche geschäftliche Handlung im Sinne des UWG darstellen müsste, die einen Bezug zum eigenen Unternehmen aufweist.

Soweit eine Rundfunkanstalt sich durch einen Verstoß gegen die zitierten Rechtsvorschriften einen Vorteil im Wettbewerb um die Gunst der Internetnutzer verschafft, liegt die Heranziehung einer wettbewerbsrechtlichen Vorschrift, die ein solches Marktgebaren zu unterbinden sucht, nahe. Dass die Kontrolle über die Einwirkung der Öffentlichen Hand auf den Wettbewerb Aufgabe des Wettbewerbsrechts ist, ist durch höchst richterliche Rechtsprechung anerkannt.⁵²¹ Ebenso anerkannt ist, dass zur Ausübung der Kontrolle, auch des Marktverhaltens der Öffentlichen Hand, insbesondere das Lauterkeitsrecht heranzuziehen ist.⁵²² Dieser Ansatz überzeugt insoweit, als

⁵²⁰ *Spindler*, AfP 2012, 328, 331.

⁵²¹ BGHZ 19, 299; 66, 229; 67, 81; 82, 375.

⁵²² *Nordemann*, WRP 1996, 383.

dass die geschäftliche Handlung selbst Gegenstand der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung ist, und nicht einer gegebenenfalls spezielleren Regelung aus dem GWG vorgegriffen wird.⁵²³

2. Lauterkeitsentscheidung über ein öffentlich-rechtliches Telemedienangebot

a) Einführende Überlegungen

Unmittelbarer Gegenstand des Dreistufentestverfahrens ist die Bewertung des Telemedienkonzeptes, welches der Intendant einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt „seinem“ Rundfunkrat zur Prüfung vorlegt. Es geht um die Frage, ob das skizzierte Telemedienangebot dem Auftrag der Rundfunkanstalt entspricht. Zu berücksichtigen sind hierbei die sich aus dem Telemedienkonzept ergebenden Ausgestaltungsmerkmale des Angebotes, sowie die Stellungnahmen Dritter, die im Laufe des Verfahrens zu spezifischen Fragestellungen einzuholen sind.

Auf dieser Sachgrundlage trifft der Rundfunkrat eine Entscheidung über die Frage der Konformität des Telemedienkonzeptes und der darin beschriebenen konkreten Telemedienangebote mit dem Auftrag der Rundfunkanstalt. Diese Entscheidung führt, nach Überprüfung durch die für die Rechtsaufsicht zuständige Stelle, zu der Entscheidung über die förmliche Betrauung der Rundfunkanstalt mit der Veranstaltung des oder der in dem Telemedienkonzept beschriebenen Telemedienangebote. Es handelt sich hierbei um eine abstrakte oder Rahmengenehmigung, da durch eine Entscheidung im Dreistufentestverfahren keine Aussage zur konkreten Veranstaltung eines oder des Telemedienangebotes getätigt wird. Die Entscheidung beinhaltet lediglich die Aussage, dass die Konzeption eines oder mehrerer Telemedienangebote, so wie sie im Telemedienkonzept niedergelegt sind nicht mit dem Auftrag der Rundfunkanstalt kollidieren. Die Telemedienkonzepte gehen indes nicht so weit, dass eine im Einzelfall jeweils im Detail nachvollziehbare Darstellungsbeschreibung des konkreten Angebots erfolgen würde. Die tatsächliche audiovisuelle

⁵²³ Nordemann, WRP 1996, 383.

Erscheinungsform des Telemedienangebots ist somit abhängig von der praktischen Umsetzung der im Telemedienkonzept niedergelegten Rahmenbestimmungen, hinsichtlich derer durch das Dreistufen-Dreistufentestverfahren eine Aussage mit Blick auf den Auftrag der Rundfunkanstalt getroffen wurde.

Wie bereits erörtert, ist die Überprüfung der Durchführung des Dreistufentestverfahrens durch den Rundfunkrat zunächst Sache der für die Rechtsaufsicht zuständigen Behörde und die Überprüfung der sich aus diesem Verfahrensabschnitt ergebenden Verwaltungsentscheidung Sache der Verwaltungsgerichte. Diese zwei Instanzen befassen sich ausschließlich mit Fragen des Verfahrens und dessen Einhaltung unter den Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrages. Es soll sichergestellt werden, dass im Rahmen der Verfahrensdurchführung keine Belange außer Acht gelassen werden, die unter den durch § 11f Abs. 4 RStV vorgegebenen Tatbeständen von Belang sind. Eine inhaltliche Aussage, bzw. Bewertung zu den konkret in einem Telemedienkonzept festgehaltenen Angebotsbeschreibungen trifft indes ausschließlich der Rundfunkrat. Einer nachfolgenden Überprüfung sind diese Tatbestände wegen der Programmfreiheit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks weitgehend entzogen.

Wie gleichfalls bereits dargestellt, stellt sich der Rechtsschutz gegen den Betrauungsakt unter dem Gesichtspunkt der Klagebefugnis begrenzt dar. Es sind nur wenige Ansatzpunkte für eine Drittbetroffenheit denkbar, die im konkreten Fall einen hohen Darlegungsaufwand erfordern.

Ein ordentliches Gericht kann sich mit diesen Aspekten des Dreistufentestverfahrens nicht befassen. Dies ergibt sich zum einen aus der Rechtswegspezialität der Verwaltungsgerichte, da es sich um öffentlich-rechtliche Sachverhalte handelt und zum anderen bereits daraus, dass sich regelmäßig keine zivilrechtliche Anspruchsgrundlage für ein Begehren von dritter Seite wird finden lassen. Die einzige denkbare Zugriffsmöglichkeit für das Zivilrecht stellt das Wettbewerbsrecht dar, unter dem Gesichtspunkt der Drittbetroffenheit insbesondere das Lauterkeitsrecht.

Dieses befasst sich sodann mit der konkreten Erscheinungsform dessen, was im Telemedienkonzept als Angebotsbeschreibung enthalten und schließlich genehmigt worden ist. Während also der Dreistufentest selbst und die zum Abschluss des Verfahrens getroffenen Entscheidungen eine Aussage abstrakter Art über die Zulässigkeit bestimmter Telemedienkonzeptionen trifft, befasst sich das Lauterkeitsrecht nicht mehr mit der Frage, ob ein solches Telemedienkonzept möglicherweise doch nicht vom Auftrag der Rundfunkanstalt umfasst sein könnte, sondern allein mit der rechtlichen Bewertung der konkreten Umsetzungsform, über welche das Telemedienkonzept keine konkrete Aussage trifft.

Insoweit steht es sich nicht widersprüchlich gegenüber, wenn einerseits die Rundfunkanstalt ein Telemedienangebot veranstaltet und desbezüglich auf einen im Rahmen eines Dreistufentestverfahrens ergangenen förmlichen Betrauungsakt berufen kann und andererseits zugleich die zivilrechtliche Frage aufgeworfen wird, ob dieses Telemedienangebot gleichwohl unlauter im Sinne des Wettbewerbes sein könnte.

Zwar ist das Verhalten eines Unternehmens am Markt, für welches eine ausdrückliche öffentlich-rechtliche Genehmigung vorliegt, solange als rechtmäßig im Sinne des Lauterkeitsrechts anzusehen, bis die Genehmigung in dem dafür vorgesehenen verwaltungsrechtlichen Verfahren aufgehoben wurde.⁵²⁴ Jedoch liegt eine solche hier gar nicht vor.

Die Betrauungsentscheidung der Rechtsaufsicht bezieht sich auf die Erlaubnis an die Rundfunkanstalt, ein bestimmtes Telemedienkonzept umzusetzen. Sie trifft grundsätzlich eine Entscheidung über das „ob“ der Veranstaltung des Telemediums. Lediglich ausnahmsweise können in der Dreistufentestentscheidung auch partikuläre Äußerungen zur Erscheinungsform des Telemedienangebots und damit über das „wie“ von dessen Veranstaltung enthalten sein, allerdings nur in engen, an der Zweckrichtung und redaktionellen Umsetzung orientierten Grenzen. In der Regel bleibt das Telemedienkonzept indes für

⁵²⁴ *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, § 4 UWG, Rn. 11.20.

eine konkrete „eins-zu-eins“-Umsetzung in die Onlinewelt zu abstrakt.

Eine Betrauung nach dem Dreistufentestverfahren mit der Veranstaltung eines konkreten Telemedienangebotes, bzw. mehrerer Telemedienangebote schließt daher nicht aus, dass die Rundfunkanstalt bei der konkreten Umsetzung der beschriebenen Angebote in die Internetwirklichkeit Aspekte des Wettbewerbsrechts unbeachtet lässt. Insoweit hätte sich eine Rundfunkanstalt möglicherweise eines Einwandes von betroffener dritter Seite zu erwehren.

b) Marktbezogene geschäftliche Handlung

Unter den Gesichtspunkten des Wettbewerbsrechts müsste das tatsächliche Handeln, konkret die Veranstaltung des Telemedienangebotes im Internet, eine geschäftliche Handlung im Sinne des UWG darstellen, die einen konkreten Bezug zur Stellung der Anstalt als Unternehmen im Markt vorweist.

aa) Geschäftliche Handlung

Die Präsentation insbesondere von sendungsbezogenen Inhalten im Web ist gerichtet auf die Erregung von Aufmerksamkeit auf dem Rezipientenmarkt, auf Kundenbindung und Programmverbreitung, wie sich beispielsweise lediglich an vorgehaltenen Hinweisen auf das Programm im „Kerngeschäft“ Hörfunk und Fernsehen zeigt. „Cross-Media-Promotion“-Konzepte hängen somit mit der Förderung des Absatzes von redaktionellen Inhalten unmittelbar und erkennbar objektiv zusammen, da es letztlich um die Generierung von Reichweite geht und um Steigerung des (Dienst-)Leistungsbezuges seitens des Rezipienten. Die Verbreitung eines Telemedienangebots weist somit Marktbezug auf und erschöpft sich nicht in unternehmensinternen Vorgängen.

Gleichwohl ist die Leistung entgeltlich, da ihre Finanzierung letztlich durch die Verwendung von Rundfunkgebühren bzw. seit dem 1.1.2013 des Rundfunkbeitrags sichergestellt ist, die jeder Rezipient mit entsprechendem Empfangsgerät bzw. jeder Inhaber einer Wohnung oder Betriebsstätte zu entrichten hat.

bb) Mitbewerber im räumlich, sachlich relevanten Markt

Hinsichtlich Internetangeboten gibt es ein Marktgeschehen, insbesondere für solche Internetangebote, die gegen Entgelt angeboten und nachgefragt werden. Darüber hinaus Märkte für internetgestützte Dienstleistungen, etwa im Smartphone und dem übrigen mobilen Bereich geben zu definieren.

Auf diesen Märkten ist signifikant, dass private Veranstalter darauf angewiesen sind, Internetangebote durch Werbung lukrativ zu gestalten. Insoweit sind insbesondere die Internetangebote von privaten Rundfunkveranstaltern, Verlagen und kommerziellen Dienstleistern zu nennen. Aber auch Suchmaschinen und soziale Netzwerke sind darauf angewiesen, die eigene Attraktivität durch eine hohe Zahl von Nutzern gegenüber Werbekunden nachzuweisen, die letztlich ein erfolgversprechendes Umfeld für die Platzierung ihrer Produkte suchen. Vereinfacht heißt dies, dass eine hohe Zahl von Seitenaufrufen im Internet einen hohen Werbepreis bedingt. Die Anbieter von Telemedienangeboten, gleich welcher Art, sind folglich darauf angewiesen, dass sie einen hohen Grad von Massenattraktivität aufweisen können, um die gewünscht hohe Zahl von Nutzungszugriffen erreichen zu können.

Die Position der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Internet ist insoweit davon zu unterscheiden, als dass ihnen die Tätigkeit von Werbung im Internet nach § 11d Abs. 5 RStV bereits grundsätzlich verboten ist. Sie sind folglich nicht auf eine Refinanzierung durch Werbemittel angewiesen, was ihre Stellung insoweit beeinflusst, als dass sie nicht auf hohe Zugriffszahlen als Rechtfertigung für Werbeeinnahmen angewiesen sind.

Gleichwohl präsentieren die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten regelmäßig vergleichbare Inhalte wie andere Anbieter und konkurrieren so mit diesen um dieselben Nutzer. Stellt es sich dann noch so dar, dass die Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Netz anders als jene der Privaten ohne ein unmittelbares Nutzungsentgelt dargeboten werden, liegt der Schluss nahe, dass es eine Vielzahl von Nutzern gibt, die statt ein Entgelt zu entrichten,

sich des Inhalts auf der kostenfreien Seite einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt bedienen. Es ist insoweit festzustellen, dass zwar keine Konkurrenz zwischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und Privaten auf einem konkreten Werbemarkt besteht, in der Form, dass die Anstalten mit den privaten Dritten um konkrete Werbeetats konkurrieren würden; der Werbemarkt selbst ist aber insoweit mittelbar berührt, als dass die konkrete wettbewerbliche Auseinandersetzung in einem vorgelagerten Marktsegment stattfindet, nämlich jenem um die Gunst der Nutzungszugriffe der Internetnutzer. Diejenigen Nutzer, die sich eines Angebots einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt bedienen, werden sich nicht eines – zumal entgeltlichen – Angebots eines privaten Anbieters bedienen.

c) **Regelung des Marktverhaltens**

Fraglich ist indes, ob die Tatbestände des Rundfunkstaatsvertrages das Marktverhalten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (auch) im Interesse der anderen Marktteilnehmer regeln sollen, oder ob es sich um Regelungen ohne Marktbezug oder ausschließlich den Marktzutritt der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit einer bestimmten Angebotsform regeln. Dies ist insoweit von Relevanz, als die Lauterkeitstatbestände des UWG auf ein in den Bahnen des Anstands, der Redlichkeit und der guten Sitten stattfindendes Marktverhalten abstellen und dieses kontrollieren.⁵²⁵ Eine geeignete Norm muss daher den Zweck aufweisen, den Wettbewerb durch Aufstellung gleicher Schranken zu regeln und damit zur Chancengleichheit der Wettbewerber beizutragen⁵²⁶, denn die Zivilgerichte sind gehalten, das Marktverhalten, also das „wie“ der Betätigung einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt auf dem Markt zu überprüfen.⁵²⁷

aa) Allgemeine Einordnung und Abgrenzung

Regelungen ohne Marktbezug scheiden von vornherein aus dem Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG aus. Ob eine Regelung

⁵²⁵ BVerfGE 32, 311.

⁵²⁶ BGHZ 140, 183, 189.

⁵²⁷ Hefermehl/Koehler/Bornkamm, § 4 UWG, Rn. 13.13.

einen Marktbezug aufweist, ist durch Auslegung an Hand des Normzwecks zu klären.⁵²⁸ Beispielhaft als Regelungen ohne Marktbezug genannt werden Produktionsvorschriften, Arbeitnehmerschutzvorschriften, Steuervorschriften, Vorschriften zum Schutz des geistigen Eigentums, das Straßen- und Wegerecht, sowie das Datenschutzrecht.⁵²⁹

Reine Marktzutrittsregelungen sind solche Normen, die Personen den Marktzutritt aus Gründen verwehren, die nichts mit ihrem Marktverhalten, also der Art und Weise des Agierens am Markt, zu tun haben. Dazu gehören insbesondere wirtschaftslenkende Normen, die bestimmte Unternehmen von bestimmten Märkten fernhalten sollen, um die auf einem bestimmten Markt agierenden Unternehmen vor unerwünschtem Wettbewerb zu schützen.⁵³⁰ Verstöße gegen Marktzutrittsregelungen sind ebenso wie Regelungen ohne Marktbezug nicht unter § 4 Nr. 11 UWG justiziabel.

Entsprechende Regelungen über den Marktzutritt sind zu der hier behandelten Thematik im Sinne selbstverwalteter Körperschaften des öffentlichen Rechts artverwandten Bereich des Kommunalrechts aufzufinden, in welchem die Teilnahme der Öffentlichen Hand am Wettbewerb in einer Vielzahl von öffentlich-rechtlichen Vorschriften beschränkt ist. Insoweit besteht eine weit reichende, zivilgerichtliche Kasuistik.⁵³¹

Bei wettbewerbsbezogenen Normen hat eine Würdigung des Gesamtcharakters des Verhaltens am Schutzzweck des UWG zu erfolgen, um deren Schutzrichtung zu ergründen. Diese Bewertung kann dazu führen, dass keineswegs ausschließlich als Marktverhaltensregelung ausgestaltete Normen als unter § 4 Nr. 11 UWG justiziabel angesehen werden können, sondern auch solche, die sich auch mit der Frage des Marktzutritts befassen, jedoch notwendiger

⁵²⁸ Vgl. BGHZ 144, 255, 267.

⁵²⁹ Hefermehl/Koehler/Bornkamm, § 4 UWG, Rn 11.37 – 11.42.

⁵³⁰ Hefermehl/Koehler/Bornkamm, § 4 UWG, Rn 11.44.

⁵³¹ Vgl. BGH GRUR 2002, 825, 826; BGH GRUR 2003, 164, 165.

Weise Auswirkungen auf das nachgelagerte Marktverhalten zeitigen.⁵³²

bb) Rundfunkrechtliche Normen im Besonderen

Rundfunkrechtliche Normen können auch im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten regeln.⁵³³ Bei dem rundfunkrechtlichen Schleicherwerbverbot handelt es sich um eine Marktverhaltensregel, deren Verletzung ohne weiteres einen Verstoß gegen § 3 i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG begründet.⁵³⁴

Ob dieses Ergebnis unmittelbar auf den Sachverhalt des Veranstaltens von Telemedien übertragen werden kann, ist fraglich. Denn bei dieser Tätigkeit agieren öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten nicht in unmittelbar vergleichbarer Art und Weise wie etwaige private Wettbewerber, nämlich durch Platzierung von Werbung im Programm, sondern sie bieten zur Erfüllung des ihnen obliegenden Auftrags Telemedienangebote an.

Als Marktverhaltensregelungen in Frage kommen vor allem die als Verbotsnormen formulierten Vorschriften des § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV sowie § 11d Abs. 5 RStV und hier insbesondere die Tatbestände der so genannten „Negativliste“ in der als Anlage des Rundfunkstaatsvertrags.

Die aufgezählten Telemedienangebote hat der Gesetzgeber als relevant für Erwerbszwecke kommerzieller Anbieter erkannt und den Auftrag zur Veranstaltung von Telemedienangeboten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten insoweit begrenzt:⁵³⁵

1. Anzeigenportale, Anzeigen oder Kleinanzeigen
2. Branchenregister und Verzeichnisse
3. Preisvergleichsportale sowie Berechnungsprogramme, z.B. Preisrechner oder Versicherungsrechner

⁵³² Hauck, WRP 2006, 323, 328.

⁵³³ BGH, GRUR 1990, 611, 615 – Werbung und Programm.

⁵³⁴ Hefermehl/Koehler/Bornkamm, § 4 UWG, Rn. 13.57.

⁵³⁵ Begründung, S. 19. Im Übrigen s. Kapitel 1.

4. Bewertungsportale für Dienstleistungen, Einrichtungen und Produkte
5. Partner-, Kontakt-, Stellen-, Tauschbörsen
6. Ratgeberportale ohne Sendungsbezug
7. Businessnetworks
8. Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne von § 3 Nr. 24 TKG
9. Wetten im Sinne von § 762 BGB
10. Softwareangebote, soweit nicht zur Wahrnehmung des eigenen Angebots erforderlich
11. Routenplaner
12. Verlinkungen ohne redaktionelle Prüfung, Verlinkungen sollen ausschließlich der unmittelbaren Ergänzung, Vertiefung oder Erläuterung des Eigeninhalts (auch von Beteiligungsunternehmen) dienen und nicht unmittelbar zu Kaufaufforderungen führen
13. Musikdownload von kommerziellen Fremdproduktionen
14. Spieleangebote ohne Sendungsbezug
15. Fotodownload ohne Sendungsbezug
16. Veranstaltungskalender (sendungsbezogene Hinweise auf Veranstaltungen sind zulässig)
17. Foren, Chats ohne Sendungsbezug und redaktionelle Begleitung; Foren, Chats unter Programm- oder Sendermarken sind zulässig. Foren und Chats dürfen nicht inhaltlich auf Angebote ausgerichtet sein, die nach den Nummern 1 bis 16 unzulässig sind.

Darüber hinaus sind nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote gemäß § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV ausdrücklich nicht zulässig.

Der Charakter dieser Regelungen als entweder Marktzutritts- bzw. negative Markteintrittsregelungen, Marktverhaltensregelungen oder hybride Normen ist durch Auslegung zu ermitteln.

Der Wortlaut lässt insoweit zunächst nur begrenzte Deutungen zu. Die Formulierungen der Tatbestände aus der Negativliste lassen keinen direkten Marktbezug erkennen. Es werden lediglich abstrakte Angebotsformen benannt. Lediglich § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV lässt

durch ausdrückliche Erwähnung presseähnlicher Angebote einen mehr oder weniger unmittelbaren Zusammenhang zum Marktgeschehen auf dem Pressemarkt vermuten. Andererseits könnte der Begriff „presseähnlich“ auch lediglich beschreibende Funktion haben.

Allerdings ergibt sich aus der Begründung des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages, dass der Gesetzgeber mit den benannten Vorschriften durchaus einen Zusammenhang zum wettbewerblichen Verhalten der Rundfunkanstalten gesehen hat. Der Gesetzgeber hat die Tatbestände, die die Telemedienangebote benennen, die der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht veranstalten darf, aus Gründen des Wettbewerbs zu privaten Anbietern vergleichbarer Dienste geschaffen⁵³⁶, weil sie für die Erwerbszwecke kommerzieller Anbieter relevant sind.

Angesichts dieser klar formulierten Intention des Gesetzgebers ist das Defizit im Wortlaut der Tatbestände der „Negativliste“ nicht ausschlaggebend. Insoweit handelt es sich bei § 11d Abs. 5 RStV nebst Anlagen (jedenfalls auch) um eine Marktverhaltensregelung.

Hinsichtlich § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV ist ebenfalls die Begründung des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages heranzuziehen. Demnach soll der Tendenz begegnet werden, dass von Rundfunkanstalten angebotene nichtsendungsbezogene Telemedien den inhaltlichen und gestalterischen Schwerpunkt in Texten setzen.⁵³⁷ Damit trägt der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung, dass für die Nutzung im Internet gestaltete Angebote regelmäßig aus einer von den Nutzern erwarteten Kombination verschiedener Elemente bestehen, die Text, Ton und Bild verbinden. Im Umkehrschluss kann ein solcher Schwerpunkt vermieden werden, wenn öffentlich-rechtliche nichtsendungsbezogene Telemedienangebote ihren Schwerpunkt in einer hörfunk- und/oder fernsehähnlichen Gestaltung haben.⁵³⁸

⁵³⁶ Begründung S. 19.

⁵³⁷ Begründung S. 17.

⁵³⁸ Begründung S. 17.

Ohne dass der Gesetzgeber in der Begründung des Regelungswerkes zum 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages hierauf ausdrücklich abgestellt hat, ist die Interpretation zulässig, dass der Vorschrift ein Schutzzweck zugunsten „der Presse“ innewohnt, deren Bestand nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die moderne Demokratie unentbehrlich ist.⁵³⁹

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, in seiner Rechtsordnung überall, wo der Geltungsbereich einer Norm die Presse berührt, dem Postulat ihrer Freiheit Rechnung zu tragen.⁵⁴⁰ Dieser verfassungsrechtlichen Stellung folgend, verbietet es § 11 d Abs. 2 Nr. 3 RStV den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, mit Hilfe von digitalen Angeboten „presseähnlich“ aufzutreten. Dabei wird es dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk nicht untersagt, überhaupt Telemedienangebote auf der Grundlage der genehmigten Telemedienkonzepte zu verbreiten. Es wird vielmehr ein konkreter Bezug auf die Umsetzung eines Telemedienkonzeptes genommen, das sich in seiner Darstellungsform im Netz nicht „presseähnlich“ darstellen darf. Die Vorschrift steht dabei in der Tradition anderer Normen, die es den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ebenfalls untersagen, sich außerhalb des Programmbezuges presseähnlich zu betätigen.⁵⁴¹ Eine vom Rundfunkprogramm losgelöste pressemäßige Berichterstattung könnte in der Rundfunkfreiheit keine verfassungsrechtliche Grundlage mehr finden.⁵⁴²

Schließlich lässt sich die Charakterisierung des § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV als Marktverhaltensregel auch daraus begründen, dass zur Sanktion des mit der Vorschrift statuierten Verbots außer in den Vorschriften des verhaltensbezogenen Wettbewerbsrechts keine Rechtsgrundlage gegeben wäre, spräche man ihr den Charakter einer den Weg in das Lauterkeitsrecht ebennenden Marktverhaltensregel ab. Somit bieten §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 i.V.m. 8 Abs. 1 UWG die Sankti-

⁵³⁹ BVerfGE, 20, 162, 174.

⁵⁴⁰ BVerfG, NJW 2001, 503, 504.

⁵⁴¹ Z.B. § 11a RStV, wonach es den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten lediglich gestattet ist, „programmbegleitend“ Druckwerke mit „programmbezogenem Inhalt“ anzubieten; LG Köln, Beschluss v. 31.3.1998, 31 O 736/97.

⁵⁴² BVerfGE, 83, 238, 314.

onsmöglichkeit in Fällen der Zuwiderhandlung gegen die Verbotsnorm. Der Gehalt des § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV erschöpfte sich anderenfalls in einem sanktionslosen Appell.

Die Vorgaben konkretisieren den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und geben Maßgaben, in welchem Umfang das Veranstalten von Telemedienangeboten im Rahmen des Auftrags grundsätzlich stattfinden kann. Insoweit kann ein Telemedienangebot, das der Gesetzgeber von vornherein als nicht zulässig beschrieben hat, auch nicht im Rahmen eines Dreistufentestverfahrens genehmigt werden. Die Norm des Rundfunkstaatsvertrages regelt folglich im wettbewerbsrechtlichen Verständnis jedenfalls auch den Marktzugang. Einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt ist es nicht möglich, bestimmte Marktsegmente mit eigenen Telemedienangeboten zu bedienen.

Obwohl sie keinen Rechtsschutz über das Lauterkeitsrecht genießen, insbesondere nicht über § 4 Nr. 11 UWG, sind die privaten Mitbewerber auch bei Verstößen gegen Marktzutrittsregelungen nicht rechtlos gestellt. Ihnen steht der Weg zu einer Initiativpetition gegenüber der zuständigen Aufsichtsbehörde oder einer Klage vor dem Verwaltungsgericht offen. Voraussetzung ist insoweit Klagebefugnis.⁵⁴³ Vor dem Hintergrund jedoch, dass die §§ 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV und 11d Abs. 5 RStV das Marktverhalten regelnden Charakter aufweisen, im Falle des § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV sogar im Schwerpunkt, wird diese Rechtsschutzform hier nicht weiter untersucht, da ihre Praxisrelevanz unter den gegebenen Umständen als gering erachtet wird. Die Anwendung des UWG ist vorliegend eröffnet, so dass es des Umwegs des Angriffs über den den Marktzutritt regelnden Teil der staatsvertraglichen Regelungen nicht bedarf.

d) Rechtsverstoß

Das UWG hält in § 4 Nr. 11 die Regelung vor, nach welcher unlauter handelt, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwider handelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktver-

⁵⁴³ *Hefermehl/Koehler/Bornkamm*, § 4 UWG, Rn 11.47.

halten zu regeln. Die Zuwiderhandlung gegen eine Verbotsnorm ist Tatbestandsvoraussetzung für den Rechtsbruchtatbestand nach § 4 Nr. 11 UWG. Das Verletzungsverhalten muss folglich den vollen Tatbestand der jeweiligen Verbotsnorm ausfüllen. Dies gilt allerdings lediglich in objektiver Hinsicht, subjektive Tatbestandsmerkmale sind nicht zugleich zu erfüllen.

Soweit eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt bei der Veranstaltung eines Telemedienangebots gegen einen Tatbestand der „Negativliste“ verstößt oder ein Angebot im Netz in seiner konkreten Erscheinungsform „presseähnlich“ gestaltet ist, erfüllt sie den Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG mit der Rechtsfolge von beispielsweise Unterlassungsansprüchen nach § 8 UWG. Die Berufung auf die zuvor erteilte Genehmigung des Telemedienkonzepts ist zur Verteidigung ausgeschlossen, da dieses regelmäßig keine Vorgaben für die Umsetzung, also die ganz konkrete Erscheinungsform des Telemedienangebots als Ganzes oder für Teile daraus enthält. Der Betrauungsakt der Rechtsaufsichtsbehörde reicht nicht so tief in die praktische Umsetzung des gegenständlichen Telemedienkonzepts hinein, als dass er zur Rechtfertigung jeder Umsetzungsform Pate stehen könnte.

3. Praxistest: Landgericht Köln 31 O 360/11

a) Urteil vom 27.9.12

Ein Anwendungsbeispiel für eine Auseinandersetzung der hier behandelten Art liefert der Rechtsstreit bei dem Landgericht Köln zwischen elf Verlagshäusern auf Klägerseite und der ARD als Veranstalterin und dem NDR als federführender Rundfunkanstalt in Sachen „tagesschau.de“ und „tagesschau-App“ auf Beklagtenseite, der das Begehren nach Unterlassung der von den Beklagten veranstalteten „tagesschau-App“ zum Gegenstand hatte.

Bei den elf Klägerinnen handelt es sich um Zeitungsverlage, deren Angebot auch elektronisch, teilweise über sogenannte Apps, abrufbar ist. Sie greifen die von der ARD veranstaltete „tagesschau-App“ als wettbewerbsrechtlich unlauter an. Die zentrale Begründung für das

klägerische Begehren ist ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV, wodurch der wettbewerbsrechtliche Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG erfüllt sei.

Es liege mithin eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vor, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen geeignet sei. Die Unlauterkeit ergebe sich aus dem Regelbeispiel der Zuwiderhandlung gegen eine gesetzliche Vorschrift, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

Der Dreistufentest ist von diesem Verfahren insoweit tangiert, als es sich bei dem konkret streitgegenständlichen Angebot „tagesschau-App“ um die Umsetzung eines Telemedienangebotes handelt, welches der Rundfunkrat des NDR in Form des vorangegangenen Dreistufentests über das Telemedienkonzept für das Angebot „tagesschau.de“ mit genehmigt hatte. Das Landgericht Köln stellt insoweit fest, dass die Angebote „tagesschau.de“ und „tagesschau-App“ keine unterschiedlichen Angebote darstellten, die jeweils getrennt durch eigene Telemedienkonzepte dargestellt und in einem Dreistufentestverfahren zu genehmigen gewesen wären, sondern es sich vielmehr um ein einheitliches Angebot handele, das technisch so aufbereitet sei, dass es über verschiedene Ausspielwege, insbesondere Smartphones oder Tablet-PCs möglichst optimal nutzbar ist. Es sei daher davon auszugehen, dass rechtlich bei der „tagesschau-App“ von einem Telemedium auszugehen sei, welches den Dreistufentest im Sinne des § 11f RStV durchlaufen habe und welches genehmigt worden sei. Es käme daher zur Begründung der Klage nicht in Betracht, sich darauf zu berufen, es fehle zur Veranstaltung dieses konkreten Telemedienangebots an der erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigung.

Nach Auffassung des Landgerichts Köln führt allerdings das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Angebotsgenehmigung, bzw. eines Betrauungsaktes nicht dazu, dass das konkrete Angebot einer gerichtlichen Überprüfung, erst recht einer solchen durch die Zivilgerichte, generell entzogen wäre. Das Gericht lässt die Entscheidung über die von den Parteien des Rechtsstreits kontrovers diskutierte Frage, wel-

che Rechtsqualität der Genehmigung zukomme, bzw. ob eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung der Genehmigung als solcher möglich gewesen wäre⁵⁴⁴, offen, da die Klägerinnen nach dem zuletzt gestellten Klagantrag eine ganz konkrete Ausgestaltung des Angebots zu einem bestimmten Zeitpunkt (nämlich dem 15.6.2011) als Streitgegenstand definierten. Insoweit weist das Gericht darauf hin, dass bezüglich dieses konkreten Verletzungstatbestandes eine Überprüfung unter den Gesichtspunkten des Wettbewerbsrechts möglich sei. Handele es sich um ein nicht sendungsbezogenes, presseähnliches Angebot, so sei dies von Gesetzes wegen stets unzulässig. Dem stehe auch eine erfolgreiche Absolvierung des Dreistufentestverfahrens nicht entgegen, da Inhalt eines solchen einerseits zu keinem Zeitpunkt die Genehmigung eines nichtsendungsbezogenen, presseähnlichen Angebots sein könne und andererseits durch ein entsprechendes Verfahren lediglich ein Konzept, nicht eine, wie auch immer geartete, konkrete Umsetzung beurteilt und schließlich genehmigt werde.

Insoweit erkennt das Gericht einen Ansatzpunkt für eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Streitgegenstandes.

Das Gericht erkennt in § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV „zweifelsfrei“ eine Marktverhaltensregel im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG. Dies wird damit begründet, dass der Gesetzgeber offensichtlich bestrebt gewesen sei, im Rahmen seiner Regelungsbefugnis und unter Berücksichtigung der grundrechtlich verbürgten Pressefreiheit sicherzustellen, dass trotz der Erweiterung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf dem Bereich der Telemedien der Kernbereich der Pressfreiheit unangetastet hat bleiben sollen. Es habe nach Auffassung des Landgerichts Köln ohne Zweifel eine Marktabgrenzung insoweit stattfinden sollen, dass die Berichterstattung über Telemedien inhaltlich beschränkt werden sollte. Bei der konkreten Tatbestandsprüfung stehen die Merkmale der Nichtsendungsbezogenheit und der Presseähnlichkeit im Vordergrund. Hinsichtlich des letztgenannten Kriteriums geht das Landgericht Köln von der Grundüberlegung aus, dass sowohl auf die Intention des Gesetzge-

⁵⁴⁴ Vgl. insoweit Kap. 3.

bers, als auch auf das Nutzerverhalten abzustellen sei, um zu beurteilen, ob ein Angebot „presseähnlich“ im Sinne des § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV sei.

Es ergebe sich unmittelbar aus dem Gesetz in § 2 Nr. 20 RStV ein Anhaltspunkt dafür, dass bei der Presseähnlichkeit auf Zeitungen und Zeitschriften als Vergleichsmaßstab abzustellen sei, mithin auf die herkömmlichen Printmedien. Dagegen sei das durch die klagenden Verlage selbst dargebotene elektronische Angebot, insbesondere die diversen Apps, „kein geeigneter Vergleichsmaßstab“. Dies liege vor allen Dingen darin begründet, dass es andererseits in der Hand der Presseunternehmen liege, durch eine Ausweitung des eigenen Angebots die Befugnisse des Rundfunks im Telemedienbereich einzuschränken. Dies wiederum sei ersichtlich nicht durch den Gesetzgeber gewollt.

Der Gesetzgeber bringe dagegen zum Ausdruck, dass textlastige Beiträge in Telemedienangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks unerwünscht seien, weil diese „presstypisch“ seien. Insofern sollten die Rundfunkanstalten in ihren Telemedien nicht den inhaltlichen und gestalterischen Schwerpunkt in Texten setzen.

Darüber hinaus war für das Landgericht Köln von Relevanz, dass aus Sicht der Nutzer entsprechender Telemedien ein Angebot dann als presseähnlich einzustufen sei, wenn es geeignet sei, als Ersatz für die Lektüre von herkömmlicher Presse, also Zeitungen und Zeitschriften zu dienen. Es sei im Einklang mit der Begriffswahl „presseähnlich“ jedoch kein vollständiger Ersatz zu fordern, jedoch eine Informationsdichte und -breite, die an Presseerzeugnisse heranreicht, insbesondere was die Ausführlichkeit im Sinne von Umfang angeht.

Nach Auffassung des Landgerichts Köln seien für Nutzer die Information unmittelbar wesentlich, die ihnen mit dem ersten Klick zugänglich würden. Daher sei es irrelevant, ob ein einzelner Beitrag im Rahmen des Telemedienangebots mit Verknüpfungen zu audiovisuellen Inhalten versehen sei. Das Gericht beurteilt die Sicht eines verständigen Nutzers ferner dahin, dass eine Abschrift von Fernseh- oder Hörfunkbeiträgen, die als Telemedienangebot im Internet einge-

stellt wird, als solche nicht erkannt werde, sondern der Text in der Wahrnehmung im Vordergrund stehe. Verlinkungen und Aufnahmen von interaktiven Elementen werde ein Nutzer als dem Medium geschuldete zusätzliche Serviceleistung erkennen, nicht aber abgrenzend als „presseunähnlich“.

Ist das Telemedienangebot presseähnlich, ist weiter zu prüfen, ob es nicht sendungsbezogen ist. Diese Frage beantwortet das Landgericht Köln primär aus Nutzersicht. Ein Nutzer erkenne sofort und zweifelsfrei, dass das Angebot der thematischen und inhaltlichen Vertiefung einer ganz bestimmten Sendung diene, also kein eigenständiges Angebot darstelle und deshalb auch ein herkömmliches Presseangebot nicht ersetzen könne, soweit der Sendungsbezug ausdrücklich und konkret ausgewiesen sei.

Mit dem Urteil des Landgerichts Köln vom 27.9.2012⁵⁴⁵ kommt das Gericht schließlich unter Berücksichtigung der dargestellten allgemeinen Voraussetzungen bei der Prüfung der konkreten Verletzungsform, welche sich allein auf das Telemedienangebot „tagesschau-App“ vom 15.6.2011 beziehe, zu dem Ergebnis, dass das Angebot „in der Gesamtschau“ presseähnlich sei und den Sendungsbezug in den einzelnen Beiträgen nicht hinreichend ausweise. Folglich spricht das Gericht den begehrten Unterlassungsanspruch zu.

Bereits die gegen Ende der Entscheidungsgründe ausdrücklich angenommene Klarstellung der erkennenden Kammer, dass sich das begründete Ergebnis lediglich auf die konkrete zur Beurteilung anstehende konkrete Verletzungsform beziehen könne und keinerlei allgemeine Aussage zur Zulässigkeit oder Länge von Texten und/oder deren Ausführlichkeit auf den Inhalt bezogen enthalte, zeigt auf, dass hinsichtlich der getroffenen Entscheidung mit weiteren Einlassungen zu rechnen sein wird.

Das Verfahren vor dem Landgericht Köln zeigt nach allem, dass eine Überprüfung zumindest der Inhalte eines Dreistufentestverfahrens

⁵⁴⁵ LG Köln, Urteil vom 27.9.2012, Az.: 31 O 360/11.

und deren konkret praktische Umsetzung vor dem Hintergrund eines Telemedienkonzeptes durch ordentliche Gerichte auf der Grundlage der Vorgaben des Lauterkeitsrechts möglich ist und zu Ergebnissen führen kann. Die Qualität dieser Ergebnisse unter dem Gesichtspunkt der Rechtseffektivität und Verfahrensökonomie ist jedoch gesondert zu beurteilen.

b) Stellungnahme

aa) Zum Begriff der „Presseähnlichkeit“

Aus Sicht der Pressemacher ist vor allem die Frage streitig, was konkret unter „presseähnlichen Angeboten“ zu verstehen ist, die den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Internet zu verbreiten explizit verboten sind.

Nachdem *Papier* diese Frage durch die gutachterliche Feststellung, „dass die üblichen Internetangebote nicht als presseähnlich eingestuft werden dürfen, mag es auch im Internet ähnliche Angebote geben, die von Presseunternehmen veranstaltet“ werden, zunächst beantwortet hatte⁵⁴⁶, erhoben mehrere Verlagsunternehmen Klage gegen die „tagesschau-App“, eine Anwendung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten für mobile Endgeräte⁵⁴⁷, und begründeten diese im Wesentlichen mit der Behauptung, bei der Anwendung handele es sich um eben ein solches presseähnliches Angebot, weshalb ein Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG vorliege, der die geltend gemachte Unterlassungsforderung rechtfertige.

Es handele sich bei der „tagesschau-App“ in dem von der Klage beanstandeten Umfang um ein „nicht sendungsbezogenes, presseähnliches Angebot“ der ARD, welches inhaltlich vom NDR verantwortet wird. Eine Definition des zusammengesetzten Begriffs „nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote“ fehlt jedoch im Rundfunkstaatsvertrag. In § 2 Abs. 2 Nr. 20 RStV findet sich indes eine Definition des Begriffs „presseähnliches Angebot“.

⁵⁴⁶ *Papier*, epd medien 60/2010, S. 30.

⁵⁴⁷ LG Köln, Az.: 31 O 360/11.

§ 2 Abs. 2 Nr. 20 RStV:

„Ein presseähnliches Angebot (sind) nicht nur elektronische Ausgaben von Printmedien, sondern alle journalistisch-redaktionell gestalteten Angebote, die nach Gestaltung und Inhalt Zeitungen oder Zeitschriften entsprechen.“

Das Gericht hat sowohl in den Terminen der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass es erhebliche Schwierigkeiten sehe, eine brauchbare Definition des Begriffs der Presseähnlichkeit zu entwickeln, als auch im Urteil vom 27.9.2012 nochmals darauf abgestellt, dass eine zivilgerichtliche Beurteilung unter anderem auch dieses Rechtsbegriffes keine allgemein bindende Wirkung entfalten kann, sondern sich stets auf den jeweils zur Entscheidung gestellten Einzelfall beziehen könne.

Die durch das Gericht aufgezeigten Schwierigkeiten sind nachvollziehbar, gleichwohl wird die gefundene Lösung einer kritischen Betrachtung unterzogen.

Dass die Kammer zunächst zu dem Ergebnis kommt, dass die Regelungen des UWG anwendbar sind, insbesondere dass es sich bei § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV um eine (zumindest auch) Marktverhaltensregel handelt, ist nach allem hier Ausgeführten nicht zu beanstanden.

Die Kammer führt aus, dass es zur Beurteilung der Presseähnlichkeit des zur Entscheidung gestellten Medienangebotes gleichsam in technischer Hinsicht auf eine Gesamtschau ankomme und nicht anhand eines einzelnen Beitrags abgestellt werden könne. So nachvollziehbar diese Herangehensweise unter lösungsorientierten Gesichtspunkten ist, so problematisch ist sie gleichwohl.

Es wird aus der Entscheidung des Landgerichts Köln in letzter Konsequenz nicht deutlich, in welcher Weise die als notwendig erachtete Gesamtschau tatsächlich zur letztlich gefundenen Entscheidung der vollständigen Stattgabe des Klageantrags hat führen können. Mit dem Begriff der Gesamtschau bezieht sich die Kammer unter dem

Aspekt der Presseähnlichkeit auf das Verhältnis zwischen textbasierten und audiovisuellen Inhalten. Gleichwohl sind letzten Endes hauptsächlich die textbasierten Inhalte Gegenstand der rechtlichen Bewertung, da sie ins vergleichende Verhältnis gesetzt werden zu dem, was die Kammer als „pressetypisch“ bezeichnet. Hierbei bezieht sie sich auf die herkömmlichen typischen Printmedien und ausdrücklich nicht auf die seitens der klagenden Verlage ebenfalls angebotenen elektronischen Angebote.

Durch die Bezugnahme auf die gedruckten Presseerzeugnisse als Vergleichsmaßstab reduziert die Kammer jedoch die Beurteilungsbasis auf Text. Da in der herkömmlichen Printerscheinungsform von Presse naturgemäß keine audiovisuellen Bestandteile enthalten sein können, wie sie in Telemedienangeboten regelmäßig zum Standard gehören, kann eine Berücksichtigung dieser bei dem Vergleich im Rahmen einer Gesamtschau nur schwerlich stattfinden.

Soweit definiert wird, was „pressetypisch“ ist, um in der vergleichenden Betrachtung die Frage zu beantworten, was „presseähnlich“ im Sinne des Rundfunkstaatsvertrages ist, ist nach der durch das Landgericht Köln angebotenen Lösung allein der Textanteil eines öffentlich-rechtlichen Telemedienangebots von Relevanz, wodurch der Vergleichsgegenstand Telemedienangebot auf lediglich einen Teil seiner Erscheinungsform reduziert wird und seine weiteren Bestandteile unberücksichtigt bleiben. Auf dieser Basis einen Vergleich zu ziehen, ist nicht möglich. Es handelt sich um eine ergebnisorientierte Betrachtung, die ausschließt, dass offensichtliche Unterschiede bei nicht reduzierter Betrachtung des Vergleichsgegenstandes das ihnen zuzumessende Gewicht in der Abwägung und Beurteilung erlangen.

Diese Vorgehensweise ruft zudem die auch seitens der beklagten Partei im Verlauf des Verfahrens geäußerte Kritik hervor, dass es kein bei der Presse verortetes Monopol auf Text geben kann. Eine solche Betrachtungsweise lässt außer Acht, dass es eine eigene, internettypische Darstellungsform gibt, die sich in ganz verschiedenen Angebotsvariationen in vielfacher Art und Weise zeigt. So stellt beispielsweise ein Angebot wie *Wikipedia* ein zweifelsfrei textbasiertes

Angebot dar; bei der Frage allerdings, ob dieses Angebot allein aus diesem Grund presseähnlich ist, wird man sich zumindest mit dem Einwand auseinandersetzen müssen, dass das Angebot zumindest in erster Linie wohl lexikonähnlich sein dürfte.

Bei der Einstellung von Buchtexten in das Internet zeigt sich ebenfalls der Schwerpunkt der Darstellung auf Text, und es stellt sich wiederum die Frage, ob dadurch bereits die Qualifikation als presseähnlich erlaubt ist, wenn ein solches Angebot doch eher als buchähnlich zu bezeichnen wäre.⁵⁴⁸

Darüber hinaus basieren alle öffentlich-rechtlichen Onlinebeiträge aus handwerklichen und dokumentationsgründen auf textlichen Manuskripten. Dasselbe gilt für Rundfunksendungen, die später zur (erlaubten) Weiterverbreitung in ein Onlineangebot eingepflegt werden. Die Produktion von Onlineinhalten bedingt die Fertigung eines schriftlichen Werks, das die Basis oder die Rohfassung eines originären oder später zu solchem gewordenen Onlinebeitrags darstellt. Dieses journalistische Handwerk ist nicht allein der Herstellung von Presseprodukten eigen. Es findet sich ebenfalls im Fernsehbereich und im Hörfunkjournalismus. Das Abstellen allein auf Textanteile zur Beantwortung der Frage der Presseähnlichkeit ist damit zu kurz gegriffen.⁵⁴⁹

Insoweit wenig hilfreich ist der naheliegende Bezug auf die Begründung des zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrages, nach dem es das Ziel des Gesetzgebers gewesen sei, textlastige Beiträge als unerwünscht zu kennzeichnen. Diese Vorgehensweise befördert eher die Annahme eines Textmonopols seitens der Presse, welches aber der multimedial geprägten Presse-, Rundfunk- und Medienwelt in keiner Weise praktikabel gerecht wird.

⁵⁴⁸ So sinngemäß die Ausführungen des Justitiars des NDR, *Hahn*, in der mündlichen Verhandlung vor dem LG Köln am 13.10.12.

⁵⁴⁹ Dies übersieht *Fiedler*, K&R 2012, 795, 799, soweit allzu sehr auf die textbasierte Darstellung einzelner Telemedienangebote abgestellt wird und schlicht von „elektronischer Presse“ oder „digitalen Zeitungsangeboten“ gesprochen wird; denselben Fehler begeht *Gersdorf*, AfP 2010, 421 in der polarisierenden Einleitung.

Bei der Suche nach einer in der praktischen Anwendung akzeptablen und praktikablen Ausfüllung des Begriffs der Presseähnlichkeit sollte nicht übersehen werden, dass es eine dem Internet eigene Darstellungsform gibt, die auf Text beruht, jedoch keineswegs hierauf beschränkt ist. Sie ist hybrid aus Text, Audio- und Videodarstellungen. In welchem Verhältnis die einzelnen Darstellungselemente zueinander stehen (müssen), lässt sich nicht pauschal bestimmen. Die Darstellungsform des Internet zeichnet sich durch eine gegenüber reinen (körperlichen) textbasierten Informationsangeboten, wie der klassischen Presse, auch durch eine erweiterte Funktionalität aus, die beispielsweise durch den Einsatz von Verlinkungen umgesetzt wird und dem Nutzer breite Einsatzvariationen eines Onlineangebots zur Verfügung stellt. Lediglich das Element der Verwendung von Text in den Vordergrund eines Vergleichs eines Onlineangebots mit einem herkömmlichen Presseergebnis heranzuziehen, greift zu kurz. „Presseähnlich“ dürften nach allem Onlineangebote sein, die sich in der Darstellungsform auf rein textliche Inhaltswiedergabe beschränken, also allenfalls mit einem inhaltsbezogenen Bild versehen sind, im Übrigen aber jegliche onlinetypischen Zugaben, wie Verlinkungen zu ergänzenden Berichterstattungen oder Bilddatenbanken, vermissen lassen.

Es bedarf gerade bei der Ausfüllung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs eines hohen Grades an Differenzierung und Präzision, um zu praktikablen Lösungen zu gelangen. Gewiss dürfte dabei wohl sein, dass die Öffentlich-Rechtlichen derzeit keine reine elektronische Presse veranstalten.⁵⁵⁰

Die Internetangebote der Öffentlich-Rechtlichen sind eigenständig und bedienen sich der anerkannten technischen und gestalterischen Mittel, deren Gebrauch sich im Internet etabliert hat. Daher folgert auch der Gesetzgeber, dass (lediglich) presseähnliche Angebote verboten sind, die keinen Sendungsbezug aufweisen.

Nach allem ist der Kammer zuzugestehen, dass das von ihr begründete Ergebnis in der Tat keine allgemeine Aussage zur Zulässigkeit

⁵⁵⁰ Wie jedoch *Gersdorf*, a.a.O und *Fiedler*, a.a.O. annehmen.

oder Länge von Texten und/oder deren Ausführlichkeit auf den Inhalt bezogen enthält, bzw. enthalten kann. Dazu sind die Kriterien zur Abgrenzung zwischen den Begriffen pressetypisch und presseähnlich zu ungenau herausgearbeitet.

bb) Zum Sendungsbezug

Einen deutlich griffigeren Ansatzpunkt für die Entscheidung einer entsprechenden Streitfrage unter dem Gesichtspunkt des § 11d Abs. 2 Nr. 3 RStV bietet dagegen das Tatbestandsmerkmal des Sendungsbezuges und seines Ausweises. Dieser lässt sich in praktikabler Art und Weise als gegeben oder nicht gegeben feststellen. Einzig die Frage, wie konkret ein Sendungsbezug tatsächlich vorhanden sein muss, und in welcher Art und Weise dieser ausgewiesen werden muss, bleibt durch die 31. Zivilkammer Kammer des Landgerichts Köln unbeantwortet.

Der Rundfunkstaatsvertrag enthält eine Definition des „sendungsbezogenen Telemediums:

§ 2 Abs. 2 Nr. 19 RStV :

„Angebote, die einer Aufbereitung von Inhalten aus einer konkreten Sendung einschließlich Hintergrundinformationen dienen, soweit auf für die jeweilige Sendung genutzte Materialien und Quellen zurückgegriffen wird und diese Angebote thematisch und inhaltlich die Sendung unterstützend vertiefen und begleiten, ohne jedoch bereits ein eigenständiges neues oder verändertes Angebot nach § 11f Abs. 3 darzustellen.“

An dieser Stelle geht offenkundig auch der Gesetzgeber davon aus, dass es im Medium Internet eigene Darstellungsformen gibt, die auf textbasierte Elemente und audiovisuelle Elemente zurückgreifen und in ihrer Mischung eine neue Darstellungsform repräsentieren, deren Mehrwert darin liegt, aktuelle Berichterstattung mit Hintergründen unmittelbar zu verzahnen. Es ist folglich nicht allein auf die Einstellung der Sendung selbst in ein Online-Angebot abzustellen. Dies ergibt sich aus der Regelung zu Angeboten, die eine Sendung ergän-

zend vertiefen können sollen und der Erwähnung von für die Sendung gefertigten Materialien, die durchaus redaktionell neu komponiert werden dürfen.

§ 2 Abs. 2 Nr. 19 RStV gibt jedoch zugleich ein enges Korsett für sendungsbezogene Telemedien vor. Solche sollen nur gegeben, sein, wenn durch das Angebot kumulativ ergänzende Informationen zu liefern intendiert ist, es sich Materialien bedient, die zur Fertigung der in Bezug genommenen Sendung hergestellt wurden und ein konkreter Bezug zu einer konkreten Sendung erkennbar ist.⁵⁵¹

Letzterer Aspekt dürfte in dem vorliegend zu untersuchenden Zusammenhang den am ehesten relevanten Einwand einer dritten Partei darstellen⁵⁵², ist einer solchen zumeist aufgrund der Flüchtigkeit der Rundfunksendung als Vergleichsobjekt verwehrt, verifizierende Einsicht zu nehmen in die Materialsammlung, die eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt zur Fertigung einer einzelnen Sendung angelegt hat. Über die Qualität des angebotenen Inhalts, ob dieser geeignet ist, die Sendung inhaltlich oder thematisch zu vertiefen, ließe sich zwar streiten, jedoch bürge dies ein schwer kalkulierbares Risiko hinsichtlich der Vorhersage des Ergebnisses. Fassbar dagegen ist der Aspekt der Ausweisung eines konkreten Sendungsbezuges.

Das Angebot soll „die Sendung“⁵⁵³ thematisch und inhaltlich unterstützend vertiefen und begleiten. Um dieser Anforderung gerecht zu werden, ist es erforderlich, dass dem Nutzer des Angebots ersichtlich wird, auf welche Sendung sich die inhaltliche Mehrgabe von Information beziehen soll. Es muss mithin ein konkreter Bezug zu einer bestimmten Sendung als Teilmenge eines Rundfunkprogramms ersichtlich sein.⁵⁵⁴ Eine Unterstützung ist nur dann erfahrbar, soweit das Angebot einer vorhandenen Grundmenge von Information Inhal-

⁵⁵¹ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Teil B 5, § 11d RStV, Rn. 17.

⁵⁵² Entsprechend im „Fall tagesschu-App“.

⁵⁵³ Eine Sendung ist gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 RStV ein inhaltlich zusammenhängender, geschlossener und zeitlich begrenzter Teil eines Rundfunkprogramms.

⁵⁵⁴ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Teil B 5, § 11d RStV, Rn. 22.

te hinzufügt, die durch eine konkrete Sendung bereits vermittelt wurden.

Dementsprechend sieht § 11d Abs. 3 Satz 2 RStV vor, dass bei sendungsbezogenen Telemedien der zeitliche und inhaltliche Bezug zu einer bestimmten Sendung im jeweiligen Telemedienangebot „ausgewiesen“ werden muss. Nach der amtlichen Begründung ergänzt diese Vorschrift § 11d Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 RStV, wonach sendungsbezogene Telemedien in Telemedienkonzepten entsprechend § 11f Abs. 1 RStV zu beschreiben sind.⁵⁵⁵ Die Ausweisung im Angebot dient der Kontrolle, ob die hierfür geltenden Vorgaben eingehalten werden.⁵⁵⁶

Dies ist insbesondere bedeutsam, soweit sendungsbezogene Telemedien nach § 11d Abs. 2 Nr. 2 RStV ohne Durchführung eines Dreistufentests angeboten werden. Wird das gesamte Angebot einem Dreistufentest unterzogen, hat die Norm nur insoweit Bedeutung, als bestimmte Inhalte dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk untersagt sind, soweit kein Sendungsbezug besteht.⁵⁵⁷

Die Ausweisung des Sendungsbezuges ist durch den Nutzer bzw. kritischen Betrachter des Telemedienangebots konkret nachvollziehbar und prüfbar. Hierauf wies auch das Landgerichts Köln wiederholt hin und regte an die beklagte Partei gerichtet mehrfach an, man möge doch den Sendungsbezug der einzelnen, durch die tagesschau-App verbreiteten Inhalte (noch) deutlicher herausstellen.

Allerdings ist der Kritik, die Vorgaben für den Sendungsbezug eines Telemedienangebots seien nicht produktiv, da sie die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bei der Ausführung und Ausfüllung ihres Auftrages durch einen zu rigiden Rahmen für die Ausweisung eines Sendungsbezuges eher beschränkten als unterstützten, weil eine effektive Nutzung der durch das Internet gegebenen Darstellungs-

⁵⁵⁵ Begründung, S. 17.

⁵⁵⁶ Begründung, S. 17.

⁵⁵⁷ Held in *Hahn/Vesting*, Rundfunkrecht, § 11d RStV, Rn. 86.

und Ausdrucksformen faktisch ausgeschlossen werde⁵⁵⁸, nicht gänzlich die Berechtigung abzusprechen. Der durch die rigide Kennzeichnungspflicht hinsichtlich des Sendungsbezuges erforderliche Verwaltungsaufwand ist erheblich. Die Pflicht zeitigt Auswirkungen auf die Auswahl von Onlineinhalten und deren Dokumentation und möglicherweise unter diesem Aspekt sogar auf die Aktualität von Angeboten, soweit ein Sendungsbezug nicht hinreichend ausgewiesen werden kann und so der Inhalt nicht online gehen kann.⁵⁵⁹ Dies ist vor dem Hintergrund des trotz allem bestehenden Konsenses, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk auch im Internet stattfinden soll und muss, kein erstrebenswertes Ergebnis.

Der Ausweis des Sendungsbezugs ist daher in einer der Praxis gerecht werdenden Form einzufordern, die zugleich den gesetzlichen Vorgaben Rechnung trägt.

Der Ausweis des Sendungsbezugs im Telemedienangebot ist unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität zu beurteilen und die Vorgabe des Rundfunkstaatsvertrages in diesem wohlverstandenen Sinne auszulegen.

Der oftmals in Sendungen der ARD oder des ZDF, wie der „tageschau“ oder des „heute-journals“, wahrzunehmende Hinweis an den Zuschauer, vertiefende Informationen zu diesem oder jenem Thema seien durch die Inanspruchnahme des online-Angebots unter tageschau.de oder heute.de zu erhalten, genügt insoweit den Anforderungen zur Herstellung eines konkreten Sendungsbezuges nicht. Der Sendungsbezug ist nicht in der Sendung, sondern in dem auf die Sendung bezugnehmenden Telemedienangebot auszuweisen. Gleichwohl kann ein solcher Hinweis zweckmäßig sein⁵⁶⁰, weil sich gegebenenfalls in der Kombination mit einer im Telemedienangebot enthaltenen Angabe, die abstrakteren Charakter aufweist, ein hinreichender Sendungsbezugsausweis nachweisen lässt.

⁵⁵⁸ Vgl. *Hain*, Rechtsgutachten, S. 101ff.

⁵⁵⁹ So auch *Hain*, Rechtsgutachten, S. 102.

⁵⁶⁰ *Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner*, Teil B 5, § 11d RStV, Rn. 22.

Der Ausweis des inhaltlichen Bezugs bedeutet, dass die Sendung zu nennen ist, auf die sich das sendungsbezogene Angebot bezieht. Aus dem klaren Wortlaut „zu einer bestimmten Sendung“ ergibt sich, dass eine einzelne Sendung anzugeben ist, eine Sendereihe oder Serie genügt nicht.⁵⁶¹

Hierbei ist jedoch abstuftend zu berücksichtigen, ob es sich um ein maßgeblich aktuelles Telemedienangebot, wie etwa „tagesschau.de“ (oder die auf dieselben Inhalte zurückgreifende „tagesschau-App“) oder „heute.de“ handelt, welches einer ständigen Aktualisierung unterworfen ist, die die Nutzer und – wenn auch aus unterschiedlichen Motiven – auch der Rundfunkgesetzgeber zu recht von der Rundfunkanstalt gewährleistet erwarten. In diesen Angeboten sollte zumindest unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung von Aktualität, die für das Funktionieren eines öffentlich-rechtlichen Rundfunks und der konkreten Erfüllung seines verfassungsgemäßen Auftrags durchaus zentrale Bedeutung hat, der Sendungsbezug hinreichend ausgewiesen sein, wenn dem einzelnen Telemedienangebot der Hinweis zu entnehmen ist, es enthalte auf die „tagesschau“-Ausgaben des jeweiligen (anzugebenden) Tages bezogene Inhalte.⁵⁶² Diese unterliegen ihrerseits der ständigen Aktualisierung, nicht selten unter Verwendung jeweils desselben Materials.

Hinsichtlich nicht aktueller Telemedienangebote, wie die dem Ve-weildauerkonzept und den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Abrufbarkeit von einzelnen Sendungen des vorangegangenen Programms im Internet, kann ohne größeren Verwaltungsaufwand vor der Einstellung ins Netz die konkrete, inhaltliche Bezugnahme kenntlich gemacht werden, zumal diese Inhalte, anders als bei den sich über den Tagesverlauf wiederkehrend aktualisierenden Nachrichtensendungen, regelmäßig lediglich auf nur einen Sendungstermin Rückgriff nehmen. Insoweit ist eine weitere abstuftende Angabe nicht erforderlich.

⁵⁶¹ Held in *Hahn/Vesting*, Rundfunkrecht, § 11d RStV, Rn. 87.

⁵⁶² So im Ergebnis auch *Hain*, Rechtsgutachten, S. 103, der allerdings keine Beschränkung auf aktuelle Angebote vornimmt.

Der zeitliche Bezug zu der konkreten Sendung ist in diesem Fall ausgewiesen, wenn das genaue Sendedatum (inklusive Uhrzeit) angegeben wird.⁵⁶³

Die Einhaltung der Vorgabe, dass zur Herstellung von Online-Inhalten bereits vorhandene Materialien und Quellen zu nutzen sind, ist ohne großen Aufwand durch die Rundfunkanstalt zu gewährleisten. Nach der Begründung des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages wird die des Weiteren geforderte thematische und inhaltliche Vertiefung und Begleitung der Sendung regelmäßig bereits durch den Rückgriff auf die für die Sendung genutzten Materialien und Quellen gewährleistet⁵⁶⁴, so dass insoweit durch die Erfüllung des ersten Kriteriums die Erfüllung des zweiten regelmäßig ebenfalls erreicht wird.

⁵⁶³ Held in *Hahn/Vesting*, Rundfunkrecht, § 11d RStV, Rn. 87, der sich allerdings nicht auf nur nicht aktuelle, sondern alle Telemedienangebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten bezieht.

⁵⁶⁴ Begründung, S. 17.

5. Kapitel Überprüfung des Dreistufentests durch europäische Gerichte

A. Überblick Europäische Rechtsschutzinstrumente

Die Rechtsschutzinstrumentarien der Europäischen Union sind normiert in den institutionellen Bestimmungen des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁵⁶⁵.

Das Rechtsschutzsystem wird ausgefüllt durch eine Reihe von so genannten Direktklagen, das Rechtsmittelverfahren und ein Vorabentscheidungsverfahren. Daneben eröffnet es die Möglichkeit, vorläufigen Rechtsschutz zu erlangen. Schließlich besteht im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens eine Rechtskontrolle für Streitfragen zwischen Mitgliedstaaten untereinander und zwischen Mitgliedstaaten und der Kommission.

Der AEUV sieht ein zweigliedriges Instanzgerichtssystem vor, bestehend aus dem Europäischen Gericht (erster Instanz) (EuG) und dem Europäischen Gerichtshof (EuGH), das über Zuständigkeit verfügt in Fragen der Auslegung der Verträge oder sonstigen Gemeinschaftsrechts, der Fortbildung des Gemeinschaftsrechts, der Kontrolle der Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht und die Kontrolle des Verhaltens der Mitgliedstaaten am Maßstab des Gemeinschaftsrechts.⁵⁶⁶

Das EuG ist für Entscheidungen im ersten Rechtszug über Nichtigkeits-, Untätigkeits-, Schadensersatzklagen, über dienstrechtliche Streitigkeiten, sowie im Falle seiner Zuständigkeit aufgrund einer Schiedsklausel, die in einem von der Union oder für ihre Rechnung abgeschlossenen öffentlich-rechtlichen oder privat-rechtlichen Vertrag enthalten ist (Art. 256 Abs. 1 AEUV).

⁵⁶⁵ Zuletzt geändert durch Art. 2 Vertrag von Lissabon vom 13.12.2007; ABl. Nr. C 306, S. 1, ABl. 2008 Nr. C 111, S. 56 und ABl. 2009 Nr. C 290, S. 1.

⁵⁶⁶ Herdegen, S. 134.

Ausgenommen von der Zuständigkeit des EuG sind solche Klagen, die dem EuGH gemäß dessen Satzung allein vorbehalten sind (Art. 256 Abs. 1 AEUV). Darüber hinaus können das Europäische Parlament und der Rat dem EuG bestimmte Fachgerichte beordnen, die für Entscheidungen im ersten Rechtszug über bestimmte Kategorien von Klagen zuständig sind, die auf besonderen Sachgebieten erhoben werden (Art. 257 AEUV). Auch diese besonderen Zuständigkeiten sind der Entscheidungsbefugnis des EuG erstinstanzlich nicht zugänglich (Art. 256 Abs. 1 AEUV), wohl aber zur Entscheidung über Rechtsmittel gegen die Entscheidungen der Fachgerichte berufen (Art. 256 Abs. 2 AEUV).

Zwischen dem EuGH und dem EuG besteht das Verhältnis einer Über- und Unterinstanz, da gegen die Entscheidungen des EuG, die dieses im Rahmen seiner Zuständigkeit trifft, Rechtsmittel beim EuGH eingelegt werden können (Art. 256 Abs. 1, Satz 3 AEUV), gleichwohl ist das EuG Teil des Gemeinschaftsorgans „Gerichtshof“.⁵⁶⁷ Artikel 56 der Satzung des EuGH sieht vor, dass ein Rechtsmittel binnen zwei Monaten ab Zustellung der angefochtenen Entscheidung eingelegt werden kann gegen Endentscheidungen und Entscheidungen, die über ein Teil des Streitgegenstandes ergangen sind oder die einen Zwischenstreit beenden, der eine Einrede der Unzuständigkeit oder Unzulässigkeit zum Gegenstand hat. Ein Rechtsmittel ist jedoch auf Rechtsfragen beschränkt. Es kann nur auf Rechtsmittelgründe gestützt werden, die sich auf die Verletzung von Rechtsvorschriften beziehen und jede Tatsachenwürdigung ausschließen.⁵⁶⁸

Rechtsmittelgründe sind ausschließlich die Unzuständigkeit des EuG, ein Verfahrensfehler, sowie eine Verletzung des EU-Rechts durch das EuG, durch welche die Interessen des Rechtsmittelführers beeinträchtigt werden.⁵⁶⁹ Das EuG selbst wiederum ist Rechtsmittelinstanz gegen die Entscheidungen der Fachgerichte, die ihm beigeordnet sind.

⁵⁶⁷ Herdegen, S. 134.

⁵⁶⁸ EuGH C-55/97P, AIUFASS und AKT/KOM, Slg. 1997, I-5383, Rn. 13.

⁵⁶⁹ Borchardt, Rn. 713.

Das Verfahren vor dem EuG sowie dem EuGH ist in Art. 251ff. AEUV, in der als Protokoll beigefügten Satzung des EuGH und in der jeweiligen Verfahrensordnung des EuGH, bzw. des EuG niedergelegt. Es gliedert sich jeweils in einen schriftlichen und einen mündlichen Teil, wobei der schriftliche Teil überwiegt.

Der schriftliche Verfahrensabschnitt wird durch eine Klageschrift oder durch die Übermittlung der Vorlageentscheidung eines nationalen Gerichts eingeleitet. Das mündliche Verfahren umfasst die Verlesung des vom Berichterstatter vorgelegten Berichts, die Anhörung der Bevollmächtigten, Beistände und Anwälte und (grundsätzlich) der Schlussanträge des Generalanwalts und gegebenenfalls die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen. Klagen und Rechtsmittel gegen Urteile des EuG an den EuGH haben keine aufschiebende Wirkung, das Gericht kann jedoch auf Antrag des Klägers, wenn es dies den Umständen nach für nötig hält, die Durchführung einer angefochtenen Handlung aussetzen oder den Vollzug nur unter bestimmten Bedingungen zulassen. Die Verfahren sind kostenfrei.⁵⁷⁰

I. Direktklagen

1. Nichtigkeitsklage

Der Kanon der unmittelbar in der erstinstanzlichen Zuständigkeit des EuG liegenden Direktklagearten beginnt mit der Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV. Diese Klageart ermöglicht eine objektive richterliche Kontrolle der Handlungen der EU-Organe im Sinne einer abstrakten Normenkontrolle und stellt durch die Garantie individuellen Rechtsschutzes einen der Eckpfeiler des Rechtsschutzsystems der EU dar.⁵⁷¹ Mit dieser Klageart sind alle Maßnahmen angreifbar, die verbindliche Rechtswirkungen erzeugen oder die dazu geeignet sind, solche Rechtswirkungen zu erzeugen und welche die Interessen des Klägers durch einen Eingriff in seine Rechtsstellung beeinträchtigen.

⁵⁷⁰ Siehe ausführlich *Biber/Epiney/Haag*, § 9, ab Rn. 105.

⁵⁷¹ *Borchardt*, Rn. 651.

Klagebefugt ist jede natürliche und juristische Person, wobei im Unterschied zur Klagebefugnis nach dem deutschen verwaltungsgerichtlichen Grundsatz des § 42 Abs. 2 VwGO die Beeinträchtigung subjektiver Rechte keine Voraussetzung ist. Vielmehr ergibt sich die Klagebefugnis im Zusammenhang des Art. 263 AEUV bereits daraus, dass die angegriffene Handlung eines EU-Organs an den Kläger gerichtet war oder dass die angegriffene Handlung den Kläger unmittelbar und individuell betrifft. Daraus ergibt sich weiter, dass die Klagebefugnis auch in der Fallgestaltung gegeben sein kann, in der die angegriffene Handlung nicht an den Kläger, sondern an einen Dritten adressiert ist.

Die sogenannte Konkurrentenklage ist folglich auch der europäischen Gerichtsbarkeit nicht fremd. Das Kriterium des unmittelbaren Betroffenseins des Klägers wird grundsätzlich weit verstanden. Es ist bereits dann erfüllt, wenn der angefochtene Rechtsakt den Dritten individuell betrifft. Es ist darzulegen, dass der an einen Dritten gerichtete Rechtsakt den Kläger aufgrund besonderer persönlicher Eigenschaften oder Umstände in seiner Rechtsstellung besonders betrifft und ihn damit in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten selbst.⁵⁷²

Die Nichtigkeitsklage ist begründet, wenn die angegriffene Handlung mit einem der in Art. 263 Abs. 2 AEUV genannten Mängel behaftet ist. Diese Mängel sind Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung der Verträge oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm. In Frage kommt ferner der Ermessensmissbrauch. Gemäß Art. 264 AEUV erklärt das EuG die angefochtene Handlung mit einem der Klage stattgebenden Urteil für nichtig.

2. Untätigkeitsklage

Weiterhin in der erstinstanzlichen Zuständigkeit des EuG liegt die Untätigkeitsklage gemäß Art. 265 AEUV. Diese Klageart beruht auf der Vorstellung, dass die rechtswidrige Untätigkeit eines EU-Organs

⁵⁷² Borchardt, Rn. 662.

die Anrufung eines Gerichts der EU ermöglicht, um die Feststellung zu erwirken, dass die Unterlassung gegen die Verträge verstößt.⁵⁷³

Während die Urteilstwirkung der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV jene einer Gestaltungs- und Beseitigungsklage auf Beseitigung der angefochtenen Handlung darstellt, ist die Untätigkeitsklage ihrer Art nach eine Feststellungsklage. Sie setzt ein Vorverfahren voraus, in welchem der Kläger das betreffende EU-Organ zunächst zum Tätigwerden auffordern muss⁵⁷⁴, und endet im stattgebenden Fall mit einem Urteil, in dem die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Unterlassens durch das EU-Organ festgestellt wird. Zum Ausspruch einer Verpflichtung zum Erlass einer bestimmten geforderten Maßnahme vermittelt die Klageart keine Befugnis.

Die Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen, deren Untätigkeit als vertragswidrig erklärt worden ist, haben allerdings die sich aus dem Urteil des Gerichtshofs oder des Gerichts erster Instanz ergebenden Maßnahmen zu ergreifen.

3. Schadenersatzklage

Die gemäß Art. 268 AEUV der Zuständigkeit des EuG in erster Instanz zugewiesenen Schadenersatzklagen verstehen sich als solche Klagen, die aus außervertraglicher Haftung resultieren. Die vertragliche Haftung der Union bestimmt sich nach dem Recht, das auf den betreffenden (schuldrechtlichen) Vertrag anzuwenden ist.

Im Bereich der außervertraglichen Haftung ersetzt die Union den durch ihre Organe oder Bedienstete in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten gemeinsam sind. Durch die Bezugnahme auf Art. 340 Abs. 2 und 3 AEUV etabliert Art. 268 AEUV somit eine ausschließliche Zuständigkeit für Sachverhalte der Amtshaftung.

⁵⁷³ Borchardt, Rn. 684.

⁵⁷⁴ Borchardt, Rn. 685.

Die Schadensersatzklage kann vom Geschädigten unmittelbar beim EuG erhoben werden, ohne dass es der vorherigen Aufforderung an die EU bedarf, den verursachten Schaden zu ersetzen.⁵⁷⁵ Die Klage ist begründet, wenn das Verhalten der EU-Organe oder von deren Bediensteten auf der Ausübung einer Amtstätigkeit beruht und rechtswidrig ist. Zudem muss ein Schaden tatsächlich und sicher vorliegen und zwischen der Handlung und dem Schaden ein kausaler Zusammenhang bestehen.⁵⁷⁶ Ein Verschulden seitens der handelnden EU-Organe oder deren Bediensteten ist nicht erforderlich. Rechtsfolge einer erfolgreichen Klage gemäß Art. 268 AEUV ist die Schadensersatzpflicht der EU.

II. Vorabentscheidungsverfahren

Die Anwendung des europäischen Rechts obliegt den Mitgliedsstaaten und ihren Einrichtungen und Verwaltungen. Wendet sich ein Betroffener in einem Mitgliedsstaat im Rahmen der ihm zur Verfügung stehenden Rechtsschutzinstrumentarien an ein Gericht seines Mitgliedsstaates, kann dieses Gericht mit unionsrechtlichen Fragen befasst werden. Um der Gefahr divergierender Entscheidungen über die Anwendung von Unionsrecht insbesondere in für die Entwicklung des Unionsrechts wesentlichen Fragen zu begegnen, dient das Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV dazu, die Homogenität der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts zu sichern.⁵⁷⁷

Gesichert werden soll somit die Rechtseinheit innerhalb der EU, indem das Verfahren dem nationalen Gericht die Möglichkeit einräumt, sich im Rahmen eines bei ihm anhängigen Rechtsstreits an den EuGH zu wenden mit entweder der Frage, ob ein von den EU-Organen erlassener Rechtsakt gültig ist oder wie dieser Rechtsakt und gegebenenfalls die EU-Verträge auszulegen sind. Über entsprechende Fragestellungen ist allein der EuGH zur Entscheidung berufen.

⁵⁷⁵ Borchardt, Rn. 691.

⁵⁷⁶ Borchardt, Rn. 696.

⁵⁷⁷ Biber/Epiney/Haag, § 9, Rn. 81.

Die Alleinstellung des EuGH über Fragen der Auslegung des EU-Rechts und der Gültigkeitskontrolle über Rechtshandlungen der Organe der EU kennzeichnet sich darüber hinaus durch die Unzulässigkeit der Vorlage der Überprüfung einer Bestimmung des nationalen Rechts des Mitgliedsstaates. Der EuGH ist im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens weder befugt, nationales Recht auszulegen, noch seine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht zu beurteilen.⁵⁷⁸ Soweit in einem Vorabentscheidungsersuchen die Frage nach der Vereinbarkeit einer nationalen Rechtsvorschrift mit einer EU-Rechtsbestimmung thematisiert wird, ist diese Fragestellung grundsätzlich unzulässig.⁵⁷⁹

Der EuGH hat jedoch eine Spruchpraxis entwickelt, in welcher entsprechende Fragestellungen in dem Sinne umgedeutet werden können, dass das vorlegende Gericht eigentlich um abstrakte Kriterien für die Auslegung des einschlägigen EU-Rechts nachsuche, um danach selbst die Vereinbarkeit des entscheidungserheblichen nationalen Rechts mit dem EU-Recht beurteilen zu können⁵⁸⁰ und arbeitet unter Berücksichtigung der Merkmale des Vorlagefalles einen bestimmten, abstrakten Obersatz heraus. In Fällen von falsch oder unvollständig gestellten Vorlagefragen, die darauf hinaus liefen, dass der Gerichtshof die Vereinbarkeit einer konkreten nationalen Norm mit dem Unionsrecht zu prüfen hätte, „schält“ der Gerichtshof jene Fragen „heraus“, die die Auslegung des Vertrages betreffen.⁵⁸¹ Insofern werden an sich unzulässige Vorlagefragen durch den EuGH nicht immer nur zurückgewiesen.

Vorlageberechtigt ist grundsätzlich jedes Gericht der Mitgliedsstaaten, das heißt nicht weisungsgebundene Einrichtungen, die in einem rechtsstaatlich geordneten Verfahren Rechtsstreitigkeiten mit Rechtskraftwirkung zu entscheiden haben.⁵⁸²

⁵⁷⁸ Vgl. EuGH Rs. 228/87, Pretura unificata Turin, Slg. 1988, 5099/5119; C-292/92, Hünermund, Slg. 1993, I- 6787.

⁵⁷⁹ *Biber/Epiney/Haag*, § 9, Rn. 83.

⁵⁸⁰ *Borchardt*, Rn. 724.

⁵⁸¹ Vgl. EuGHE 1980, 2823, Rs. 4/79 „Providence Agricole“; EuGH Rs. 212/87 „Unilec“, Slg. 1988, 5075/5119.

⁵⁸² Vgl. EuGH, 22.12.2010, C-118/09, Koller, Slg. 2010, I-0000, Rn. 22.

Die Gerichte können von der Vorlagemöglichkeit zum EuGH Gebrauch machen, sofern die Frage über die Auslegung der EU-Verträge oder über die Gültigkeit und Auslegung der Handlungen der EU-Organe für die Entscheidung über den jeweiligen Rechtsstreit erheblich ist. Soweit das jeweils befassende Gericht eines Mitgliedsstaates eine Entscheidung zu treffen hat, die nach den Regelungen des innerstaatlichen Rechts nicht mehr mit einem Rechtsmittel angefochten werden kann, ist es bei Entscheidungserheblichkeit einer EU-rechtsbezogenen Frage im Sinne des Art. 267 AEUV verpflichtet, den Gerichtshof zur Klärung der Frage anzurufen.

Die Missachtung dieser Verpflichtung kann im Bereich des deutschen Rechts die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Anspruchs auf den „gesetzlichen Richter“ gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ermöglichen.⁵⁸³ Eine unterbliebene Vorlage kann ferner einen Revisionsgrund darstellen, wenn in einer Rechtsstreitigkeit über die Auslegung einer unionsrechtlichen Regelung dargelegt wird, dass in dem Revisionsverfahren eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen sein wird und keine hinreichenden Gründe vorliegen, die eine Vorabentscheidung als entbehrlich scheinen lassen.⁵⁸⁴ Die Vorabentscheidung, die durch den EuGH in Form eines Urteils ergeht, bindet das vorlegende Gericht und alle anderen Gerichte, die mit der betreffenden Streitsache befasst werden. Die Urteile haben grundsätzlich rückwirkende Kraft und bestimmen folglich verbindlich den Inhalt, bzw. den Bestand des fraglichen EU-Rechts mit Wirkung vom Zeitpunkt seines Inkrafttretens an.⁵⁸⁵

Gleichwohl handelt es sich bei dem Vorabentscheidungsverfahren trotz seiner Bedeutung auch für den Individualrechtsschutz nicht um ein originäres Rechtsbehelfsverfahren, welches den EuGH als letzte Instanz für die Entscheidung einer bestimmten Streitfrage institutionalisieren würde, sondern um ein objektives Zwischenverfahren im Rahmen der Verfahren vor den Mitgliedsstaaten, die das Verfahren

⁵⁸³ BVerfG, Beschluss vom 30.8.2010-1 BvR 1631/08, Rn. 46.

⁵⁸⁴ Borchardt, Rn. 738; BVerwG, NJW 1988, S. 664.

⁵⁸⁵ Borchardt, Rn. 740, 742.

nach Art. 267 AEUV in Gang setzen. Die Entscheidung über die initiale Streitsache selbst trifft nach Abschluss des Zwischenverfahrens allein das nationale Gericht.

III. Vertragsverletzungsverfahren

Hat nach Auffassung der Kommission ein Mitgliedsstaat gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen, so gibt sie eine mit Gründen versehene Stellungnahme hierzu ab und hat den Staat zuvor anzuhören. Kommt der Staat der Stellungnahme innerhalb der von der Kommission gesetzten Frist nicht nach, so kann die Kommission gem. Art. 258 AEUV den EuGH anrufen. Zudem hat jeder Mitgliedsstaat das Klagerecht vor dem EuGH, wenn er der Auffassung ist, dass ein anderer Mitgliedsstaat gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen hat. Allerdings muss ein Mitgliedsstaat wegen einer behaupteten Verletzung der Verpflichtungen aus den Verträgen vor der Klage gegen einen anderen Staat zunächst die Kommission mit der streitigen Frage befassen. Das Verfahren soll die Durchsetzung der Beachtung des Unionsrechts durch die Mitgliedsstaaten, bzw. die Kommission sicherstellen.⁵⁸⁶ Die Wahrnehmung der Aufgabe insbesondere der Kommission zur pro aktiven Aufsicht über die Einhaltung der den Mitgliedsstaat aus den Verträgen obliegenden Verpflichtungen erfolgt nicht selten durch die Entgegennahme von Hinweisen Einzelner auf mögliche Vertragsverstöße.⁵⁸⁷ Zur Erhebung solcher Beschwerden ist jede natürliche oder juristische Person berechtigt.

Für ein Vertragsverletzungsverfahren aktivlegitimiert sind gemäß Art. 258, 259 AEUV die Kommission und jeder Mitgliedsstaat. Das Verfahren sieht die Durchführung eines Vorverfahrens vor, in welchem dem betroffenen Mitgliedsstaat mit Blick auf die geltend gemachte Vertragsverletzung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist. In der Regel verfasst die EU-Kommission ein Mahnschreiben, das die Schilderung des relevanten Sachverhalts und insbesondere die Angabe der Vorschriften enthält, gegen die unions-

⁵⁸⁶ *Biber/Epiney/Haag*, § 9, Rn. 24.

⁵⁸⁷ Einzelheiten enthält das Formblatt der Kommission zur Erhebung solcher Beschwerden, ABl. C 26/1989, 6.

rechtswidrig gehandelt worden sein soll. Auf die hierauf erfolgende Stellungnahme des Mitgliedsstaates hat die Kommission in einer begründeten Stellungnahme die Vertragsverletzung des Mitgliedsstaates konkret zu bezeichnen und zu begründen.

Diese Stellungnahme wirkt streitbegrenzend, sodass eine spätere Klage vor dem EuGH denselben Gegenstand wie die mit den ausführlichen Gründen der Kommission versehene Stellungnahme haben muss.⁵⁸⁸ Die Stellungnahme bildet keine selbstständige Rechtshandlung und kann nicht isoliert angefochten werden. Die Kommission hat dem Mitgliedsstaat eine angemessene Frist zur Behebung der Vertragsverletzung zu setzen, und diese Frist muss vor einer Erhebung der Klage bei dem EuGH abgelaufen sein.

Der Kommission steht sowohl hinsichtlich der Einleitung des Verfahrens, als auch hinsichtlich der Klageerhebung bei dem EuGH jeweils ein Ermessen zu.⁵⁸⁹ Die natürliche oder juristische Person, die eine initiale Beschwerdeingabe bei der Kommission getätigt hat, hat folglich nur in Ausnahmefällen einer Reduzierung dieses Ermessens auf nur eine Entschließungsoption einen Anspruch auf die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens.

In einem Vertragsverletzungsverfahren geht es allein darum, eine von den subjektiven Rechten des Unionsbürgers unabhängige Überprüfung vertragswidrig erscheinender Rechts- und Verwaltungsvorschriften, sowie wie Verwaltungspraktiken des betreffenden Mitgliedsstaates durch den EuGH herbeizuführen.⁵⁹⁰

In der Praxis wird von der Möglichkeit der Klageerhebung durch einen Mitgliedsstaat gegen einen anderen Mitgliedstaat kaum Ge-

⁵⁸⁸ EuGH, Rs. C-279/94 Kommission/Italien, Slg. 1997, I-4743; Rs. C-159/94 Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-5815; Rs. C-328/96 Kommission/Österreich, Slg. 1999, I-7479; Rs. C-145/01 Kommission/Italien, Slg. 2003, I-5581; Rs. C-416/07 Kommission/Griechenland, Slg. 2009, I-7883; Rs. C-32/05 Kommission/Luxemburg, Slg. 2006, I-11323.

⁵⁸⁹ EuGH, Rs. C-422/95 Kommission/Deutschland, Slg. 1995, I-1124.

⁵⁹⁰ EuGH, Rs. C-107/95P Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Kommission, Slg. 1997, I-947; *Borchardt*, Rn. 632.

brauch gemacht. Die Mitgliedsstaaten vermeiden gerichtliche Auseinandersetzungen untereinander und überlassen es stattdessen der Kommission, ihre entsprechenden Vorwürfe gegen einen anderen Mitgliedsstaat in einem Verfahren nach Art. 258 AEUV zu verfolgen.⁵⁹¹

B. Dreistufentest als Rechtsschutzgegenstand

Fraglich ist, mit welchem der vorstehend beschriebenen Rechtsmittel der Dreistufentest einer Überprüfung durch die Europäische Gerichtsbarkeit zugänglich gemacht werden könnte.

I. Direktklagen

Art. 263 AEUV bestimmt als Zweck der Nichtigkeitsklage ein Rechtsmittel, das ein Mitgliedsstaat, das Europäische Parlament, der Rat oder die Kommission wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung der Verträge oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmissbrauchs erhoben wird. Der EuGH ist in diesem Rahmen zur Überwachung der Rechtmäßigkeit der Gesetzgebungsakte, sowie der Handlungen des Rates, der Kommission und der Europäischen Zentralbank, sowie der Handlungen des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rats mit Rechtswirkung gegenüber Dritten berufen. Ferner überwacht er ebenfalls die Rechtmäßigkeit der Handlungen der Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union mit Rechtswirkung gegenüber Dritten, wobei jeder natürlichen oder juristischen Person eine Klagebefugnis eingeräumt ist, soweit die Handlung sich individuell an sie richtet und sie unmittelbar betrifft.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht auszumachen, in welcher Weise eine Überprüfung des Dreistufentestverfahrens im Wege der Nichtigkeitsklage erfolgen sollte. Die Europäische Gerichtsbarkeit ist wie aufgezeigt primär zur Beantwortung von Fragen über die Auslegung und Wirksamkeit europäischer Rechtssetzung berufen.

⁵⁹¹ Borchardt, Rn. 650.

Daher setzte eine Überprüfung des Dreistufentests nach § 11f RStV durch eine der Direktklagearten dessen Qualität als Regelungsgegenstand europäischer Rechtsetzung voraus, was jedoch zu verneinen sein wird.

Zwar ist dem Dreistufentestverfahren eine „europäische Vorgeschichte“ eigen⁵⁹², die jedoch nicht dazu führt, dass die letztlich im nationalen Rundfunkrecht niedergelegte Verfahrensumsetzung als etwas anderes anzusehen wäre als nationales Recht. Die aus dem sogenannten Beihilfestreit resultierende europäische Historie des Dreistufentestverfahrens ist Ausdruck der von der Kommission wahrgenommenen Bearbeitung der ihr gegenüber erhobenen Beschwerden, die sich allesamt mit der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland befassten. Die von der Kommission durchgeführte Überprüfung der Beschwerdegegenstände und die Einschätzung der Rechtslage aus unionsrechtlicher Sicht erfolgte im Rahmen der Verfahrensvorgaben der Art. 108 Abs. 2, 258 AEUV.⁵⁹³ Die dabei von der Kommission gewählte Vorgehensweise eines das Verfahren nach Entgegennahme der selbstbindenden Zusagen der Bundesrepublik Deutschland beendenden abschließenden Schreibens⁵⁹⁴, liegt im Ermessensbereich des Verfahrens nach Art. 258 Satz 2 AEUV.

Das Ergebnis dieses Verfahrens und insbesondere der sich durch Deutschland selbst auferlegten Verpflichtungen zur Homogenisierung der gegensätzlichen Rechtsstandpunkte, ist der neu in das deutsche Rundfunkrecht eingegangene Dreistufentest und das ihn regelnde Verfahren.

Es handelt sich hierbei nicht um die Umsetzung einer europäischen Rechtsvorgabe oder gar die Übernahme einer europäischen Rechtssetzung. Vielmehr ist der Dreistufentest, bzw. insgesamt die Neufassung des § 11 RStV durch den 12. Rundfunkänderungsstaats-

⁵⁹² Siehe oben Kapitel 1, B., IV.

⁵⁹³ Staatliche Beihilfe E 3/2005.

⁵⁹⁴ Online abrufbar unter http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/comp-2005/e003-05.pdf.

vertrag die gesetzgeberische Umsetzung der im Wege der Selbstverpflichtung selbst auferlegten Maßnahmen, die den positiven Ausgang des Verfahrens der Kommission über die beihilferechtliche Zulässigkeit der deutschen Rundfunkfinanzierung beeinflussen sollten.

Die Bundesrepublik ist dabei über die von der Kommission in den von ihr vorgenommenen Stellungnahme-Schreiben zum Ausdruck gebrachte Maßnahmenerforderlichkeit hinaus gegangen⁵⁹⁵, woraus sich wiederum ergibt, dass es sich bei § 11f RStV um eine autonome Rechtssetzung des deutschen Rundfunkgesetzgebers handelt. Da nationales Recht an sich und seine Vereinbarkeit mit EU-Recht nicht Gegenstand der Überprüfung der Europäischen Gerichtsbarkeit ist, ist eine Direktklage im Wege der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV gegen den Dreistufentest ausgeschlossen.

Aus dem gleichen Grund scheiden auch die weiteren Direktklageinstrumente nach Art. 265 AEUV und Art. 268 AEUV aus dem Rechtsmittelkatalog auf europäischer Ebene aus.

II. Vorabentscheidungsverfahren

Hinsichtlich des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV sind ebenfalls Zweifel angebracht, die die Anwendbarkeit dieses Rechtsschutzinstrumentes betreffen.

Der über die Zuständigkeit des EuGH zur Auslegung der Verträge eröffnete Anwendungsbereich scheidet vorliegend wohl bereits evident aus. Es ist mit dem Dreistufentest kein Rechtsgegenstand des europäischen Primärrechts gegeben.

Soweit es um die Gültigkeit und die Auslegung von Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union Zugang zur europäischen Gerichtsbarkeit geben könnte, ist zunächst wie vorstehend auf den Mangel einer Handlung in dem Sinne des AEUV zu verweisen. Insofern ist es schwerlich vorstellbar, welche konkrete Handlung eines EU-Organs, einer Einrichtung oder einer sonstigen

⁵⁹⁵ *Woldt*, Media Perspektiven 2/2011, 66, 67.

Stelle vor einem Gericht eines Mitgliedsstaates thematisiert werden sollte, deren Beurteilung derselben zum Erlass eines Urteils erheblich ist. In das Verfahren des Dreistufentests sind keine solchen Stellen eingebunden.⁵⁹⁶ Allein eine die Motive der EU-Kommission nicht berücksichtigende praktische Anwendung der nationalen gesetzlichen Vorgaben könnte einen Anknüpfungspunkt darstellen.

Aber ausgehend davon, dass es sich bei dem Dreistufentestverfahren in der Erscheinungsform des § 11f RStV um einen autonomen nationalen Rechtssetzungsakt handelt, der zwar durch europäische Verfahrensvorgänge motiviert ist, jedoch nicht die Umsetzung einer solchen, geschweige denn eine unmittelbare Handlung von Unionsorganen darstellt, fehlt es auch in einem vor einem nationalen Gericht geführten Rechtsstreit um die notwendige Verknüpfung mit Unionsrecht. Maßgeblich bei der Beurteilung der Rechtsanwendung sind zunächst die Motive des nationalen Gesetzgebers.

Das Vorliegen einer ausführlichen Stellungnahme und Rechtseinschätzung seitens der Kommission zur Frage der Rundfunkfinanzierung in Deutschland, auf welche die Bundesregierung nach Kenntnisnahme durch das nationale Rechtssetzungsverfahren reagierte, hindert diese Sichtweise nicht.

Eine entsprechende Stellungnahme wäre ihrerseits in diesem Sinne kein EU-Rechtsakt, welcher einer isolierten Auslegung im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens zugänglich wäre. Vielmehr handelte es sich um einen nicht rechtsfähigen und dadurch nicht anfechtbaren Akt im Rahmen des beihilferechtlichen Aufsichtsverfahrens. Das aufsichtliche Verfahren im Beihilfenrecht selbst wurde dagegen eingestellt, so dass auch insoweit kein überprüfbarer Rechtsakt vorliegt, außer der Einstellungsentscheidung selbst, die jedoch unter keinem Gesichtspunkt Entscheidungserheblichkeit in einem gerichtlichen Verfahren vor dem nationalen Gericht erlangen dürfte.

⁵⁹⁶ Vgl. oben Kapitel 1, B., IV., 3., b).

Damit ist zumindest die Wahrscheinlichkeit der Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens im Zusammenhang mit dem Dreistufentest äußerst gering.

III. Vertragsverletzungsverfahren

Schließlich bliebe die Möglichkeit eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland mit der Begründung, dass die seitens Deutschlands praktizierte Rundfunkfinanzierung mit Blick auf die Gestattung von Onlineangeboten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten nicht EU-rechtskonform sei.

Wie bereits dargelegt ist die Eingabe einer entsprechenden Beschwerde jedermann möglich, letztlich stellte allerdings eine entsprechende Beschwerde lediglich eine modifizierte Eingabe desselben Gegenstandes dar, der bereits durch die Beschwerden in 2003 zum Gegenstand einer Überprüfung durch die Kommission gemacht wurde⁵⁹⁷. Es ginge wiederum um die Frage, ob die deutsche Rundfunkfinanzierung letztlich mit dem europäischen Beihilferecht vereinbar ist, diesmal in der Ausprägung der seit 2009 geltenden gesetzlichen Vorgaben für die Onlinetätigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.

Es stellt sich die Frage, ob die Kommission diesen Beschwerdegegenstand erneut zu einer Überprüfung annehmen würde, da das gegenwärtige Verfahren des Dreistufentests nunmehr erst seit drei Jahren angewendet wird. Einen Großteil der bisherigen Anwendungen des Dreistufentestverfahrens macht vor diesem Hintergrund die obligatorisch durchgeführte Bestandsprüfung der bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Verfahrens vorhandenen Onlineangebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus.

Da in diesem Rahmen erhebliche Teile von Angeboten oder ganze Angebote aus dem Netz getilgt wurden, weil sie nach dem Ergebnis der jeweils durchgeführten Testverfahren nicht dem Auftrag der Rundfunkanstalt konform waren, dürfte sich gegenwärtig nicht der

⁵⁹⁷ Vgl. oben Kapitel 1, B., IV., 1.

Eindruck vermitteln, dass ein augenscheinlicher und offensichtlicher Missbrauch von durch die Einstellung des Beihilfeverfahrens erlangtem Freiraum für die Bundesrepublik Deutschland vorliegt.⁵⁹⁸

Soweit ein Beschwerdeführer indes der Auffassung wäre, dass eine offensichtliche Nichterreichung der Ziele, die von der Kommission im Beihilfestreitverfahren deutlich gemacht wurden, durch die Umsetzung auf nationaler Rechtsebene vorliege, bliebe die Möglichkeit der weiteren Beschwerde allerdings eröffnet. Aber es besteht kein Anspruch auf Durchführung eines Vertragsverletzungsverfahrens, sodass die Möglichkeit bestünde, dass die Kommission entsprechende Beschwerden zunächst sammelt und einen prüfenden Blick auf die Verfahrensdurchführung in der deutschen Rechtspraxis wirft.

Der Vorwurf unzulänglicher Umsetzung der Verfahrensvorgaben nach dem Rundfunkstaatsvertrag in die Prüfungspraxis durch die Rundfunkräte unterläge ohnehin zunächst der nationalen Rechtsprüfung durch nationale Gerichte nach den in dieser Arbeit zuvor dargestellten Maßgaben.

⁵⁹⁸ Vgl. *Ferreau* K&R 2011, 298, 303, der von derzeitiger „Ruhe an der Beihilfenfront“ spricht.

6. Kapitel Zusammenfassung

A. Europäischer Rechtsschutz

Der Dreistufentest ist ein öffentlich-rechtlich ausgestaltetes Verfahren eigener Art, das vor dem Hintergrund des europäisch-rechtlich basierten Beihilfestreitverfahrens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Kommission im Rundfunkstaatsvertrag etabliert wurde. Wesentlicher Zweck des Verfahrens ist es daher, eine rechtlich und tatsächlich belastbare Antwort auf die Frage zu geben, welche Angebote der öffentlich-rechtliche Rundfunk nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Unionsrechts als Telemedienangebot in seinem Onlineauftritt vorhalten darf.

Gleichwohl stellen sich die Rechtsschutzmöglichkeiten auf europäischer Ebene als begrenzt heraus.

Mangels einer erkennbaren europäischen Rechtshandlung scheiden Direktklageverfahren aus. Aufgrund des Umstandes, dass es dem Dreistufentestverfahren gemäß § 11f RStV an der direkten Verknüpfung mit dem gemeinschaftlichen Recht fehlt, mangelt es auch an einer konkreten europäischen Rechtssetzung, die zum Gegenstand einer Vorlagefrage im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gemacht werden könnte.

Letztlich ginge es auf europäischer Rechtsschutzebene um die Klärung der Frage, ob sich die in dem eingestellten Beihilfestreitverfahren durch die EU-Kommission zum Ausdruck gebrachten Rechtsstandpunkte in der nationalen gesetzlichen Umsetzung ausreichend gewürdigt wiederfinden. Diese Frage ist allerdings bereits faktisch dadurch beantwortet, dass die Kommission das Beihilfeverfahren auf der Grundlage der durch die Bundesrepublik Deutschland übernommenen Rechtsverpflichtungen, die die Grundlage der späteren Rechtssetzung durch den 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag darstellen, eingestellt hat und diese somit als hinreichend bewertet hat. Die Erfolgsaussichten eines euro-

päischen Rechtsschutzbegehrens gegen den Dreistufentest sind somit gering.

B. Überprüfung des Dreistufentest durch die Rechtsaufsicht

Auf nationaler Ebene berührt das Verfahren des Dreistufentests dagegen nicht nur verfahrensrechtlich und rundfunkfinanzierungspolitisch bedeutsame Zusammenhänge, sondern auch rundfunkrechtliche Kernfragen, wie die Frage der Programmfreiheit und Unabhängigkeit öffentlich-rechtlichen Rundfunks bei der Wahrnehmung dieser Freiheit.

Es besteht damit bereits in der Anlage des Dreistufentestverfahrens ein Spannungsverhältnis zwischen den primär beihilferechtlich geprägten Motiven der staatsvertraglichen Regelungen und den Grundsätzen, die das deutsche Rundfunkverfassungsrecht unter den genannten Gesichtspunkten und der Forderung nach Subsidiarität der Aufsicht aufstellt.

Der Dreistufentest stellt sich, ähnlich wie bei der Zulassung privaten Rundfunks, wo Meinungsvielfalt ein sachgerechtes Auswahlkriterium für die Zulassung privater Rundfunkbewerber angesehen wird, als durch die zuständigen Aufsichtsgremien und -stellen gemeinschaftlich ausgeübte, vorweggenommene Aufsichtsmaßnahme dar, durch die die Qualitätssteuerung laufender Programme nicht ersetzt, sondern ergänzt wird. Nach dem in Deutschland praktizierten Aufsichtskonzept für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, das eine strenge Subsidiarität zwischen anstaltsinterner und anstaltsferner Aufsicht vorsieht, ist die Beantwortung der wesentlichen inhaltlichen Frage zunächst durch ein anstaltsinternes, unabhängiges Gremium richtig und angemessen.

Insbesondere die konkrete Ausgestaltung des Dreistufentestverfahrens ist Gegenstand kritischer Betrachtung. Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Ausgestaltung des Verfahrens sowohl den Ansprüchen der Europäischen Kommission unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten genügt, als auch den verfassungsrechtlichen Vorgaben auf nationaler Ebene Rechnung trägt. Hinsichtlich Letzterer liegt

insbesondere weder ein Verstoß gegen das Gebot der Staatsferne im öffentlich-rechtlichen Rundfunk vor, noch eine Verletzung des Subsidiaritätsgrundsatzes; zwei Problemkreise, die durch die konkrete Regelung des § 11f Abs. 7 RStV aufgeworfen werden. Die Möglichkeit zur Beseitigung der durch die Rechtsaufsicht gerügten Verfahrensdefizite ist den Rundfunkräten unbenommen. Die inhaltliche Bewertung des Rundfunkrats, dass ein Angebot vom Auftrag der Rundfunkanstalt umfasst ist, wird durch eine etwaige Verfahrensintervention nicht berührt. § 11f Abs. 7 RStV wahrt damit die durch die Verfassung vorgegebenen Grenzen staatlicher Kontrollfunktionen, wenngleich sich die Regelung den Grenzen des Zulässigen annähert. Sie ist jedoch insgesamt (noch) verfassungsgemäß.

Das regelmäßige Tätigwerden einer staatlichen Aufsichtsstelle im Rahmen des Dreistufentestverfahrens widerspricht nicht den durch das Grundgesetz vorgegebenen Grundsätzen. Dies ist zum einen dem Umstand geschuldet, dass die Prüfungskompetenz der für die Rechtsaufsicht zuständigen Stelle in doppelter Hinsicht beschränkt ist auf die qualitative Prüfung eines vorgelegten Telemedienkonzeptes und die formale Einhaltung von Verfahrensvorschriften einerseits und durch die Qualität der verfahrensleitenden Vorschriften, die dem Rundfunkrat als ausführendem Organ eine Reihe von Beurteilungsspielräumen einräumen, die durch eine Aufsichtsstelle nicht, bzw. nur in geringem Umfang überprüfbar sind, andererseits. Der Grundsatz der Subsidiarität der Rundfunkaufsicht wird insoweit nicht verletzt, als dass zwar in jedem Dreistufentestverfahren eine obligatorische Stellungnahme, bzw. abschließende Prüfung der für die Rechtsaufsicht zuständigen Stelle stattfindet, jedoch dieser verfahrensimmanent notwendig immer eine Befassung des anstaltsinternen Kontrollgremiums, nämlich des Rundfunkrates vorgeschaltet ist, die letztlich erst den Gegenstand der rechtsaufsichtlichen Betrachtung liefert. Insoweit wird die Subsidiarität durch das Verfahren selbst gewahrt.

Das Verfahren wird abgeschlossen durch die Überprüfung des Telemedienangebotes und seiner Bewertung durch den Rundfunkrat in verfahrenstechnischer Hinsicht. Diese Prüfung nimmt die für die Rechtsaufsicht zuständige Stelle vor. Sie ergreift nach Abschluss des

ihr obliegenden Prüfverfahrens eine aufsichtsrechtliche Maßnahme eigener Art, die nach allgemeinen verwaltungsverfahrenrechtlichen Grundsätzen die Qualität eines Verwaltungsaktes im Sinne des § 35 VwVfG aufweist.

C. Überprüfung des Dreistufentest durch Verwaltungsgerichte

Die hieraus resultierende Frage der gerichtlichen Überprüfbarkeit des Verfahrensergebnisses leitet unmittelbar auf den Verwaltungsrechtsweg, da es um die Bestimmung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes geht (§ 40 Abs. 1 VwGO).

Denkbar ist eine Reihe von prozessualen Situationen. Diese reichen von inneranstaltlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Organen derselben Rundfunkanstalt, über Streitverfahren von Rundfunkanstalten untereinander bis hin und insoweit sicher von höchster Praxisrelevanz zur Situation der Konkurrentenklage, sprich der Klage eines privaten Medienunternehmens oder eines privaten Zeitungsverlags gegen die einem öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter erteilte Erlaubnis zur Veranstaltung eines Telemedienangebots im Internet.

Alle genannten Verfahren sind inhaltlich anspruchsvoll, jedoch sind die Erfolgsaussichten nicht im Vorhinein negativ. Die jeweiligen Rechtsbehelfe wären jedenfalls grundsätzlich zulässig und abhängig vom Einzelfall und dessen Begebenheiten möglicherweise auch begründet.

Entscheidend sind in dem als maßgeblich praxisrelevant eingeschätzten Rechtsbehelfsverfahren der Konkurrentenklage die Darlegung der subjektiven Betroffenheit des Klägers und die Herleitung von Drittschutz im Zusammenhang mit dem Dreistufentestverfahren auf der Seite der Zulässigkeit sowie die Darlegung einer materiellen Rechtsverletzung aufgrund der Verletzung drittschützender Normen auf Seiten der Begründetheit.

Die Hürde der Klagebefugnis ist für einen privaten Marktteilnehmer, der nicht selbst Rundfunkveranstalter ist und sich folglich nicht auf

die Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG berufen kann, schwer zu nehmen. Insoweit bleibt Raum für die Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG.

Nach theoretischer Betrachtung ist jedenfalls festzustellen, dass gegen die Endentscheidung des Dreistufentestverfahrens unter Berücksichtigung aller verfahrensimmanenten Einschränkungen verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegeben ist.

D. Überprüfung des Dreistufentest durch ordentliche Gerichte

Auch der ordentliche Rechtsweg ist eröffnet. Dies ergibt sich bereits aus der gesetzlichen Rechtswegzuweisung in § 13 UWG, der bei Wettbewerbsverstößen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten nach verbreiteter Instanzrechtsprechung Anwendung findet. Den Rechtsschutz über ordentliche Gerichte im Zusammenhang mit den gesetzlichen Vorgaben des § 11f RStV gänzlich zu negieren, greift daher zu kurz.

Streitgegenstand eines Verfahrens vor einem ordentlichen Gericht ist nicht das Rechtshandeln der für die Rechtsaufsicht zuständigen Stelle, sondern ein tatsächliches Handeln der Rundfunkanstalt selbst. Es geht mithin um die Umsetzungshandlung der durch die Durchführung des Dreistufentests erlaubten Veranstaltung von Telemedien.

Zunächst bedarf es damit des Sachverhalts, dass eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt der Öffentlichkeit ein bestimmtes Telemedienangebot in ihrem Onlineangebot unterbreitet.

Die Frage, ob die Verbreitung des Telemedienangebots unter öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten berechtigt ist, ist dabei durch die Durchführung und den positiven Ausgang des Dreistufentests und seinen verfahrensmäßigen Abschluss durch den Rechtsakt der für die Rechtsaufsicht zuständigen Stelle bereits beantwortet. Insbesondere ist die Frage positiv beantwortet, ob das konkrete Telemedienangebot vom Auftrag der Rundfunkanstalt umfasst ist, sowie die im Sinne der Beihilfeverbotsvorschriften des europäischen Rechts erforderliche

förmliche Betrauung der Rundfunkanstalt mit der Aufgabe der Veranstaltung dieses konkreten Telemedienangebots erfolgt. Soweit rechtliche Einwände gegen diese Aspekte des Dreistufentestverfahrens eine dagegen gerichtete rechtliche Aktion stützen, ist der Petent gehalten, den Verwaltungsrechtsweg zu beschreiten. Die Überprüfung des Dreistufentests selbst ist durch ordentliche Gerichte mithin nicht möglich.

Die konkrete Umsetzung eines Telemedienkonzeptes jedoch, das durch den Dreistufentest gegangen ist und diesen „bestanden“ hat, ist sehr wohl durch die ordentlichen Gerichte zu überprüfen. Das Vehikel in rechtlicher Hinsicht stellt das Wettbewerbsrecht in der Erscheinungsform des UWG dar. Dieses Gesetz liefert die erforderlichen Anspruchsgrundlagen und Rechtsfolgen.

Die Veranstaltung eines werbefreien Telemedienangebotes stellt eine geschäftliche Handlung im Sinne des UWG dar, die mit Blick auf die Finanzierung durch allgemeine Rundfunkgebühren entgeltlich im Sinne des Gesetzes ist und die insbesondere hinsichtlich des Tatbestandes aus § 4 Nr. 11 UWG einer lauterkeitsrechtlichen Prüfung unterzogen werden kann. Als Verbotsnormen stehen die Vorgaben des Rundfunkstaatsvertrages über die zulässigen, bzw. von Gesetzes wegen unzulässigen Telemedienangebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zur Rede, deren Erfüllung im Einzelfall zu überprüfen ist.

Entscheidend für den Zugang zu einer lauterkeitsrechtlichen Überprüfung der konkreten Umsetzung eines durch den Dreistufentest genehmigten Telemedienkonzeptes, ist die Einordnung dieser verwaltungsrechtlichen Genehmigung als Erlaubnis der Umsetzung des Konzeptes in abstrakter Form. Die Endentscheidung in einem Dreistufentestverfahren beinhaltet dagegen nicht die Gestattung einer ganz konkreten Erscheinungsform eines Telemedienangebotes.

Daher stehen der Erhalt einer Rahmengenehmigung durch die für die Rechtsaufsicht zuständige Stelle und eine mögliche Umsetzung des Telemedienkonzeptes in einer das Lauterkeitsrecht tangierenden Form nicht in Widerspruch. Insoweit gelten die allgemeinen Regeln

des Wettbewerbsrechts, insbesondere bei Beteiligung der Öffentlichen Hand.

Problematisch wird sich jedoch in jedem einzelnen Rechtsschutzfall dieser Art der Umstand erweisen, dass sich eine wettbewerbsrechtliche Entscheidung wegen der zivilgerichtlichen Abhängigkeit vom konkreten Streitgegenstand grundsätzlich nur auf einen angesichts der Schnelllebigkeit von Internetberichterstattungen kleinen Ausschnitt der Netzrealität beziehen kann. Dies stellt die Effektivität des Rechtsschutzes in Frage.

Insoweit hat jeder potentielle Kläger den wirklichen Nutzen eines Vorgehens gegen eine dauerhaft angebotene Telemedienpräsenz öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten für sich zu prüfen und kann insoweit das Verfahren vor dem Landgericht Köln 31 U 360/11 als Vorbild nehmen. Das Gericht verbot die Verbreitung der Tageschau-App in der Erscheinungsform vom 15.6.2011. Die in den Urteilsgründen gefundenen Rechtsmeinungen zu den Kriterien der Presseähnlichkeit und des Sendungsbezuges bedürfen allerdings einer weiteren rechtlichen Überprüfung, da die Ansätze, nach denen das Gericht seine Prüfung aufbaut, kritik- und hinsichtlich einer praktischen Umsetzbarkeit fragwürdig sind.⁵⁹⁹ Daher darf gespannt auf die Bewertungen der Folgeinstanzen gewartet werden, die in zunehmender Abstrahierung Maßgaben und handhabbarere Orientierungshilfen liefern könnten, als sie derzeit durch die erstinstanzliche Beurteilung vorgegeben sind.

E. Fazit

Die Überprüfung des Dreistufentests durch die Rechtsaufsicht findet statt im Rahmen eines verfassungsgemäßen Verfahrens, das formale Züge eines Verwaltungsverfahrens aufweist. Der Abschluss durch einen Verwaltungsakt macht die Entscheidung der Rechtsaufsicht justiziabel, wenngleich zu beachten ist, dass der eingeschränkte Entscheidungsradius der Rechtsaufsicht auch zu einer gleichfalls eingeschränkten gerichtlichen Prüfbarkeit führt. Jedenfalls ist aber

⁵⁹⁹ So im Ergebnis auch *Fiedler*, K&R 2012, 795, 799.

die Justiziabilität zu begrüßen, da das Verfahren eine wesentliche Frage mit weitreichenden Auswirkungen zum Gegenstand hat und in sich bereits vielfach durch unbestimmte Rechtsbegriffe und Entscheidungsfreiheiten in der Ausgestaltung geprägt ist.

Die Überprüfung des Dreistufentests durch Gerichte ist sowohl vor Verwaltungs- als auch vor ordentlichen Gerichten möglich. Vor Verwaltungsgerichten sind allerdings die zwingenden Fristen und prozessualen Anforderungen an die Zulässigkeit einer Klage zu beachten. Die Erfolgsaussichten sind grundsätzlich gegeben, wenngleich es sich keinesfalls um schematisierte Standardverfahren handeln wird.

Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten ist vergleichsweise hürdelos zu erlangen. Unter dem Vehikel des Lauterkeitsrechts bietet die Veranstaltung von Telemedienangeboten im Internet durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten eine praktikable Angriffsfläche. Allerdings ist wegen des letztlich öffentlich-rechtlichen Regelungshintergrunds eine Einschränkung der Spruchweite des ordentlichen Gerichts einzukalkulieren, das keine abschließenden abstrahierten Wertungen über die Anwendung von Regelungen des öffentlichen Rechts treffen kann.

Zudem ist die Schnelllebigkeit des Internet ein möglicher Grund für eine fragliche Rechtsschutzeffektivität, da ein User im Internet seinen Weg auf das rechtsverletzende Telemedienangebot bereits gefunden hat, trotz einer möglicher Weise positiven Entscheidung über einen Unterlassungsantrag in ökonomischer Hinsicht als Kunde bereits „verloren“ ist. Mit hoher Wahrscheinlichkeit stehen Rechtserfolg durch die gerichtliche Feststellung einer Rechtsunzulänglichkeit und die Wahrnehmung der relevanten Verkehrskreise hiervon in einem Missverhältnis.

In der Sache selbst steht die Frage der Ausfüllung des Begriffs eines nicht sendungsbezogenen presseähnlichen Telemedienangebots im Zentrum, da dieses Merkmal einen direkt anzuwendenden Verbots tatbestand beschreibt. Abschließende Ausführungen hierzu stehen noch aus. Ein erster Ansatz seitens des Landgerichts Köln bietet noch

Raum für weiter gehende Betrachtungen der Materie, deren Ausgang abzuwarten bleibt.

Die Überprüfung des Dreistufentests durch Rechtsaufsicht und Gerichte ist in jeder der denkbaren Verfahrenskonstellationen anspruchsvoll und kein „Selbstgänger“. Die Ergebnisse einer jeden Überprüfung gewinnen an Belastbarkeit und Justiziabilität mit der Sorgfalt ihrer Begründung.

